

شرح فتح القدير

تأليف

الإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي
شم السكندري المعروف بابن المهام الحنفي
المتوفى سنة ٦٨١ هـ

على
الهديّة: شرح بداية المبتدئ
تأليف

شيخ الإسلام برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني
المتوفى سنة ٥٩٣ هـ

- ١ - شرح العناية على الهداية للإمام أكمل الدين محمد بن محمود الباقري المتوفى سنة ٧٨٦ هـ.
- ٢ - حاشية المحقق سعد الله بن عيسى الغني الشهير بسعدى جلبي وسعدى أفندي المتوفى سنة ٩٤٥ هـ.

وليه

تكلمة شرح فتح القدير المسماة بـ نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار لشمس الدين أحمد المعروف
بقاضي زاده المتوفى سنة ٩٨٨ هـ.

المجلد الثالث

شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر
مصر - محمد علي وشركاه - طبع

الطبعة الأولى

١٣٨٩ هـ = ١٩٧٠ م

حقوق الطبع محفوظة للناسر

« مَنْ يُرِدِ اللَّهُ بِهِ خَيْرًا يُفَقِّهْهُ فِي الدِّينِ »

• حديث شريف •

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

(باب التمتع)

(التمتع أفضل من الإفراد عندنا) وعن أبي حنيفة رحمه الله أن الأفراد أفضل لأن التمتع سفره واقع لعمرته والمقرد سفره واقع لحجته . وجه ظاهر الرواية أن في التمتع جمعا بين العبادتين فأشبه القرآن ثم فيه زيادة لسك وهي

(باب التمتع)

(قوله وجه الظاهر أن في التمتع جمعا بين العبادتين فأشبه القرآن) حقيقة هذا الوجه أنه ثبت أنه عليه الصلاة والسلام حج قارنا ، ومعلوم أن ما ارتكبه أفضل خصوصا في عبادة فريضة لم يفعلها إلا مرة واحدة في عمره ، ثم رأينا المعنى الذي به كان القرآن أفضل متحققا في التمتع دون الإفراد فيكون أفضل منه ، وذلك المعنى هو ما يلزم كونه جمعا بين العبادتين في وقت الحج من زيادة التحقق بالإذعان والقبول للمشروع الناسخ لشرع الجاهلية في المطلوب رفضه ، ثم هذا أرفق فوجب دم للشكر على أمرين : أحدهما إطلاق الاتفاق بالعمرة في وقت الحج حتى خفت المؤنة بالنسبة إلى لزوم إنشاء سفر آخر للعمرة أو التأخير بعد قضاء الأفعال لينشئ أخرى من أدنى الحل ، وهذا شكر على أمر ديني . وثانيهما توقيفه للتحقق بهذا الإذعان الشرعي المطلوب تحقيقه وإظهاره وجعله مظهرا له ، فإنه أكمل من مجرد اعتقاد الحقيقة من غير تحقق به بالفعل ، وهذا يرجع إلى أمر آخرى ، ولهذا تسميهم يقولون تارة وفق لأداء النسكين ومرة ترفق بأدائها في سفرة واحدة ، فراديت الفضيلة بشرعية هذا الدم لأنه زاد في النسك عبادة أخرى شكرا لاجبرا للنقصان متمكن فيه ، غير أن القرآن زاد عليه باستنامة الإحرام إلى يوم النحر بهما والمسارة إلى إحرام الحج ، فبالأمرين يفضل على تمتع لم يسبق فيه هلئى حتى حل التحلل . وبالثاني على التمتع الذي سبق فيه الهدى فوجب استنامة الإحرام فيه (قوله وسفره واقع لحجته الخ) جواب عن قوله لأن سفره واقع لعمرته

(باب التمتع)

وجه تأخيرها عن باب القرآن قد سبق هنالك فلا تعيده ، وكلامه واضح . قال بعض الشارحين : عرّف المصنف التمتع بقوله : ومعنى التمتع الترفق الخ . واعترض عليه بأنه غير مانع للقول من ترفق بأدائها والعمرة في غير أشهر

(باب التمتع)

(قوله قال بعض الشارحين عرّف المصنف) أقول : أراد الاتفاق (قوله واعترض عليه بأنه غير مانع لدخول من ترفق بأدائها والعمرة في غير أشهر الحج الخ) أقول : للكتاب مقدر ، أي لدخول عمل من ترفق الخ أو ترفق من ترفق ، وكذا في قوله ومن ترفق به فيه كما

وهو ظاهر من الكتاب (قوله ومعنى التمتع الترفق بأداء التسكين) وبنيى أن يزداد في أشهر الحج ولم يقل أن يحرم بهما بل ذكر أداهما ، فعلم أنه ليس من شرط التمتع وجود الإحرام بالعمرة في أشهر الحج ، بل أداهما فيها أو أداء أكثر طوافها ، فلو طاف ثلاثة أشواط في رمضان ثم دخل شوال قطاف الأربعة الباقية ثم حج في عامه كان متمتعا فحري الصواب للتمتع أن يفعل العمرة أو أكثر طوافها في أشهر الحج عن إحرام بها قبلها أو فيها ثم حج من عامه بوصف الصحة من غير أن يلم بأهلها بينهما للإسما صحيحا . والجيلة لمن دخل مكة عمرا بعمره قبل أشهر الحج يريد التمتع أن لا يطوف بل يصبر إلى أن تلخل أشهر الحج ثم يطوف ، فإنه متى طاف طوافا ما وقع عن العمرة على ما سبق من قبل . ولو طاف ثم دخلت أشهر الحج فأحرم بعمره أخرى ثم حج من عامه لم يكن متمتعا في قول الكل لأنه صار حكمه حكم أهل مكة بليليل أنه صار ميقاته ميقاتهم . وقولنا ثم حج من عامه : يعنى من عام الفعل ، أما عام الإحرام فليس بشرط بليليل ما في نوادر ابن سنانة عن محمد فيمن أحرم بغمرة في رمضان وأقام على إحرامه إلى شوال من قابل ثم طاف لعمرة في العام القابل ثم حج من عامه ذلك أنه متمتع لأنه باق على إحرامه وقد أتى بأفعال العبرة والحج في أشهر الحج ، بخلاف من وجب عليه أن يتحلل من الحج بعمره كفئات الحج فأحرم إلى قابل فتحلل بها في شوال وحج من عامه ذلك لا يكون متمتعا لأنه ما أتى بأفعالها عن إحرام عمرة بل للتحلل عن إحرام الحج فلم تقع هذه الأفعال معتدا بها عن العمرة فلم يكن متمتعا ، وهذا فائدة التقييد التى ذكرناه آنفا . أخى قولنا عن إحرام بها (قوله فيطوف لما ويسعى الخ) لم يذكر طواف القدوم لأنه ليس للعمرة طواف قدوم ولا صدر

الحجج في سفر واحد ، ومن تفرق به فيه في أشهر الحج في عامين وهما ليسا بمتمتعين ، فكان الواجب أن يقول : هو التفرق بأداء النسكين في أشهر الحج في عام واحد في سفر واحد الخ . والجواب أن ما ذكره المصنف هو تفسيره ، وأما كون التفرق في أشهر الحج من عام واحد فهو شرطه وسنذكره . والإمام هو الزول ، يقال : ألم بأهله : إذا نزل ، وهو على نوعين صحيح وهاسد . والأول عبارة عن الزول في جلته من غير بقاء صفة الإحرام ، وهذا إنما يكون في التمتع الذي يسق الحدي ، والثاني ما يكون على خلافه وهو إنما يكون فيمن ساقه ، قوله الإماما صحيحا . احتراز عن الإمام الفاسد فإنه لا يمتنع صحة التمتع عند أبي حنيفة وأبي يوسف على ما يأتي . وقوله (ويحلق أو يقصر)

لا يفتي، وقوله والمزة الرواوية الجارية. ثم أقول: هذا التعريف غير جامع أيضا لعدم تناوله من ترقى بما وقد أمّن بينهما الإماما غير صحيح، فإن ترقه ليس في سفر واحد مع أنه متصع عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحهما الله. وجوابه أن المراد في سفر واحد حقيقة أو حكما شامل. ثم أقول: هذا التعريف يصدق على القارن أيضا، إلا أن يقال ذلك ليس بمعلوم. قوله فكان الواجب أن يقول هذا الترقى أقول: الظاهر أن يقول هو الترقى الخ. قوله والجواب أن ما ذكره المصنف هو تنصير الخ. أقول: إن أراد ليس من لوازم التنصير المساواة فيه ماله، وقوله وأما كون الترقى الخ فلا يفيد شيئا، فإن المعروف يحتاج ما التفت فيه للشرط. ولا يجامسه المعروف لثباته. قوله فهو بشرطه. أقول: وكذا عدم الإلزام بأمله شرط. اتجمع وقد تميز له. قال المصنف: وسفره ووقع لحجته. أقول: أي سفر المتصع ووقع لحجته مع أن السفر غير مقصود على ما أسلفه المصنف في القرآن. قال المصنف: في سفر واحد من غير أن يلم بأمله. أقول: أنت خير بأن قوله في سفر واحد

وهذا هو تفسير العمرة ، وكذلك إذا أراد أن يفرد بالعمرة فعل ما ذكرنا ، هكذا فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم في عمرة القضاء . وقال مالك : لاحتق عليه ، إنما العمرة الطواف والسعي ، وحجتها عليه ما روينا . وقوله تعالى محلقين رموسكم - الآية ، نزلت في عمرة القضاء ، ولأنها لما كان لها تحريم بالتلبية كان لها تحلل بالخلق كالحج (ويقطع التلبية إذا ابتدأ بالطواف) وقال مالك رحمه الله : كما وقع بصره على البيت لأن العمرة زيارة البيت وتم به . ولنا « أن النبي صلى الله عليه وسلم في عمرة القضاء قطع التلبية حين استلم الحجر » ولأن المقصود هو الطواف فيقطعها عند افتتاحه ، ولهذا يقطعها الحاج عند افتتاح الرى . قال (ويقيم بمكة حلالا) لأنه حل من العمرة . قال (فإذا كان

وذكر من الصفة الحلق أو التقصير فظاهر لزوم ذلك في التمتع وليس كذلك ، بل لو لم يحلق حتى أحرم بالحج وحلق بمنى كان متمتعا وهو أولى بالتمتع ممن أحرم بالحج بعد طواف أربعة أشواط طعمرة على ما ذكرناه آنفا (قوله هكذا فعل الخ) أما أن أفهك العمرة ما ذكر غير الحلق أو التقصير فضروري لا يحتاج إلى بيان . وأما أنها الحلق أو التقصير خلافا لما لك رحمه الله فيدل عليه ما قدمناه في بحث القرآن من حديث معاوية « قصرت عن رأس رسول الله صلى الله عليه وسلم بمشقص » ومطوم أن التقصير عند المروة لا يكون إلا في عمرة غير أن عند البيهقي ومسلم : « قصرت أو رأيت يقصر عن رأسه » فإن كان الواقع الأول تعين كونها عمرة الجمرات كما قدمناه ، وإن كان الثاني لم يلزم وهو حجة على مالك رحمه الله (قوله وقال مالك كما وقع بصره على البيت) وعنه كما رأى ببيت مكة ، ولنا ما روى الترمذي عن ابن عباس « أنه عليه الصلاة والسلام كان يمسك عن التلبية في العمرة إذا استلم » وقال : حديث صحيح . ورواه أبو داود ونقله أن النبي عليه الصلاة والسلام قال « يلي المضر حتى يستلم الحجر » (قوله ولهذا يقطعها الحاج الخ) إنما تم هذه الملازمة لو كان الرى هو المقصود في الحج وهو متنفذ ، بل المقصود الوقوف والطواف . فالصواب في التقرير على رأينا أن يقال : كما لم تقطع التلبية في الحج قبل الشروع في الأفعال ،

قال شيخ الإسلام في مبسوطه : هذا التخيير إنما كان له إذا لم يكن شره ملبدا أو معقوصا أو مضفرا . وأما إذا كان ملبدا فإنه لا يتخير لأن التقصير لا يهيا إلا بالقص وذلك متعلق فتيحين الحلق . وقوله (وهذا هو تفسير العمرة) أى ليس لها طواف القدوم والصدور لأن معظم الركن فيها هو الطواف ، وما هو كذلك لا يتكرر كالوقوف في الحج . وقوله (وتم به) أى تم زيارة البيت بوقوع البصر على البيت ، ولأن الطواف ركن في العمرة كطواف الزيارة في الحج ، فكما تقدم قطع التلبية هناك على الاشتغال بالطواف فكذلك هنا (ولنا) حديث ابن مسعود (أن النبي صلى الله عليه وسلم في عمرة القضاء قطع التلبية حين استلم الحجر) الأسود . وقوله (ولأن المقصود هو الطواف) بيانه أن هذا الطواف نسك مقصود في هذا اليوم فكان كالرى في كونه نسكا مقصودا في ذلك اليوم . فكما أن التلبية تقطع عند افتتاح الرى تقطع عند افتتاح هذا الطواف بجامع أن كلا منهما أول نسك مقصود في يوم . فإن قيل : فعلى هذا ينبغي أن يقطع المقرد بالحج التلبية إذا ابتدأ بطواف القدوم لأنه أول نسك مقصود في هذا اليوم . فالجواب أنا لا نسلم أنه مقصود لأن المراد به ما يكون واجبا ، وطواف القدوم ليس كذلك . سلمناه ولكن ثبت بالنص على خلاف القياس لما روى « أنه عليه الصلاة والسلام أردف الفضل من مزدلفة إلى منى » فلم يزل يلي حتى رى جرة العقبة قال (ويقيم بمكة حلالا) المتمتع إذا حل من عمرته يقيم بمكة حلالا (فإذا كان

ينى . خلافا لهذا التبدل في الاحتراز . (قوله ولكن ثبت بالنص على خلاف القياس) أقول : فيه بحث . فإنه إذا كان حل خلافاً للقياس كيف

يوم التروية أحرم بالحج من المسجد) والشرط أن يحرم من الحرم أما المسجد فليس بلامزم ، وهذا لأنه في معنى المكى ، وميقات المكى في الحج الحرم على ما بينا (وفعل ما يفعله الحاج المقدد) لأنه مؤدّ الحج إلا أنه يرمل في طواف الزيارة ويسعى بعده لأن هذا أول طواف له في الحج ، بخلاف المقدد لأنه قد سعى مرة ، ولو كان هذا المتمتع بعد ما أحرم بالحج طاف وسعى قبل أن يروح إلى منى لم يرمل في طواف الزيارة ولا يسعى بعده لأنه قد أتى بذلك مرة (وعليه دم التمتع) للنسئ الذي تلوناه (فإن لم يجد صام ثلاثة أيام في الحج وسبعة إذا رجع إلى أهله) على الوجه الذي بيناه في القرآن (فإن صام ثلاثة أيام من شوال ثم اعتمر لم يجزه عن الثلاثة) . لأن سبب وجوب هذا الصوم التمتع لأنه بدل عن الهدى وهو في هذه الحالة غير متمتع فلا يجوز أدائه قبل وجود سببه (ولن صامها) بمكة (بعد ما أحرم بالعمرة قبل أن يطوف جاز عندنا) خلافا للشافعي رحمه الله . له قوله تعالى

كلذا لا تقطع في العمرة قبله فيطوف قولكم بقطعه قبل الطواف . وعلى رأي بطريق الإلزام أن يقال : كما أنهم تقطع في الحج إلا عند الشروع في المقاصد وهو الوقوف عندك يجب في العمرة أن لا تقطع إلا عند الشروع في مقاصدها وهو الطواف (قوله والمسجد ليس بلامزم) بل هو أفضل ، ومكة أفضل من غيرها من الحرم ، والشرط الحرم (قوله وفعل ما يفعله الحاج المقدد) إلا طواف التحية لأنه في حكم أهل مكة ولا طواف قدم عليهم (قوله ولو كان هذا المتمتع بعد ما أحرم بالحج طاف) أي للتحية (وسعى قبل أن يروح إلى منى لم يرمل في طواف الزيارة) سواء كان رمل في طواف التحية أو لا (ولا يسعى بعده لأنه قد أتى بالسعى مرة) قيل هذا دليل على أن طواف التحية مشروع للتمتع حتى اعتبر سعيه عقبيه اهـ ولا يخلو من شيء ، فإن الظاهر أن المراد أنه إذا طاف ثم سعى أجزاءه عن السعى لأنه يشترط للأجزاء اعتباره طواف تحية ، بل المقصود أن السعى لا بد أن يترتب شرعا على طواف ، فإذا فرضنا أن المتمتع بعد إحرام الحج تنفل بطواف ثم سعى بعده سقط عنه سعى الحج ، ومن قيد أجزاءه بكون الطواف المقدم طواف تحية فعليه البيان (قوله فلا يجوز أدائه قبل وجود سببه) فالشرط فيها أن يكون عمرها بالعمرة في أشهر الحج مثل ما ذكرناه في القرآن وإلى آخر ما ذكرناه فيه (قوله خلافا للشافعي) فإنه لا يجزئه إلا بعد إحرام الحج

يوم التروية أحرم بالحج من المسجد) ولكن ليس كل ما ذكرنا شرطا ، فلو أحرم قبل يوم التروية فهو أفضل لأن فيه إظهار الممارسة والرغبة في العبادة ، ولأنه أشق فكان أفضل ، وكلذا لو أحرم من الحرم في غير المسجد جاز لما ذكره في الكتاب . وقوله (على ما بينا) أراد به ما ذكره في آخر فصل المواقيت بقوله ومن كان بمكة فوقته في الحج الحرم وفي العمرة الحل ، وقوله (وفعل ما يفعله الحاج المقدد) يعني خلا أنه لا يطوف طواف التحية لأنه لما حل صار هو والمكى سواء ولا تحية للمكى . و (يرمل في طواف الزيارة ويسعى بعده لأن هذا أول طواف له في الحج) وقوله (ولو كان هذا المتمتع بعد ما أحرم بالحج طاف) يعني طواف القدوم (وسعى قبل أن يخرج إلى منى لم يرمل في طواف الزيارة ولا يسعى بعده لأنه أتى بذلك مرة) ولا تكرار فيه ، ثم الرمل ههنا يسقط سواء رمل في طواف التحية أو لم يرمل ولهذا سكت عن ذكره ، فلم يقل طاف ورمل لأن الرمل إنما شرع في طواف بعده سعى ، ولا سعى ههنا لأنه توجد مرة . وفي هذا الكلام دلالة على أن طواف التحية مشروع للمتمتع حيث اعتبر رمله وسعيه فيه : وقوله (وعليه دم التمتع) ظاهر . وقوله (خلافا للشافعي) يعني أنه يقول لا يجوز صوم ثلاثة أيام حتى يحرم

يعبر مقبلا عليه (قوله حيث اعتبر رمله) أقول : فيه بحث لخالفه قوله آفنا سواء رمل أو لم يرمل ، وقوله وسعيه بحث فيه ابن الحمام مائتا وجوب كونه السعى بعد طواف التحية ، نعم يجب كونه بعد الطواف إلا أن الكلام في طواف تحية بكونه طواف التحية فليتأمل (قوله وسعيه فيه)

فصيام ثلاثة أيام في الحج - ولنا أنه أداه بعد انعقاد سببه ، والمراد بالحج المذكور في النص وقته على ما بينا (والأفضل تأخيرها إلى آخر وقتها وهو يوم عرفة) لما بينا في القرآن (وإن أراد المتمعن أن يسوق الهدى أحرم وساق هديه) وهذا أفضل لأن النبي صلى الله عليه وسلم ساق الهدايا مع نفسه ، ولأن فيه استعدادا ومسارة (فإن كانت بدنة قلدها بجزاة أو نعل) لحديث عائشة رضي الله عنها على ما روينا . والتقليد أولى من التجليل لأن له ذكرا في الكتاب ولأنه للإعلام والتجليل للزينة ، ويلبى ثم يقلد لأنه يصير محرما بالتقليد الهدى والتوجه معه على ما سبق . والأولى أن يعقد الإحرام بالتلبية ويسوق الهدى ، وهو أفضل من أن يقودها لأنه صلى الله عليه وسلم

(قوله لأنه أداه بعد انعقاد سببه) لا شك أن سببه التمتع القوي الذي هو الرقيق لترتيبه على التمتع في النص ، وما أخذ الاشتقاق حلة للمرتب ، والعزلة في أشهر الحج هي السبب فيه لأنها التي بها يتحقق الرقيق الذي كان ممنوعا في الجاهلية وهو معنى التمتع لأن الحج معتبر بجزء السبب بناء على إرادة التمتع في عرف الفقه لوجهين : أحدهما جعل الحج غاية لهذا التمتع حيث قال - فمن تمتع بالعمرة إلى الحج - فكان المقاد ترقى بالعمرة في أشهر الحج ترقا غاية الحج ، وإلا كان ذكر التمتع ذكرا للحج من عامه فلم يحتج إلى ذكره . والثاني أنه على ذلك التقرير كان يلزم أن لا يجوز صوم الثلاثة إلا بعد الفراغ كالسبعة لكنه سبحانه فصل بينهما فجعل الثلاثة في الحج : أي وقته والسبعة بعد الفراغ ، فعلم أنه لم يعتبر في السبب الجواز للصوم تحقق حقيقة التمتع بالمعنى الفقهي بل الرقيق بالعمرة في أشهر الحج لكن لا مطلقا ، بل المقيد بكونه غاية الحج من عامه لا على اعتبار القيد جزءا من السبب أو شرطا في ثبوت سببه وإلا لزم ما ذكرنا من امتناع الصوم قبل الفراغ وهو مستتب ، فكان السبب المقيد لا يشترط قبله في السببية فإذا صام بعد إحرام العمرة في أشهر الحج ثم حج من عامه ظهر أنه صام بعد السبب وفي وقته ، بخلاف ما إذا لم يحج من عامه لأنه لم يظهر وقوعه بعد المقيد ، ومثل هذا جائز إذا أمكن وقد أمكن ، وسببه تراخي القيد عنه في الوجود ، أما السبعة فإن السبب وإن تحقق بعد إحرام العمرة لكن لم يمتنع وقتها لأن الإيجاب معلق بالرجوع ، فالصوم قبله قبل وقته وإن كان بعد السبب ، واعلم أن مقتضى هذا عدم الجواز قبل الفراغ من العمرة لأن التمتع : أعني الرقيق بالعمرة لا يتحقق بمجرد الإحرام بها ، لكن الحكم هو الجواز بمجرد الإحرام كأنه ثبوت عدم القدرة على الخروج

بالحج لقوله تعالى - فصيام ثلاثة أيام في الحج - (ولنا أنه أداه بعد انعقاد سببه) وهو الإحرام بالعمرة لأنه طريق يتوصل به إلى التمتع وأداء السبب بعد تحقق السبب جائز . وقوله (على ما بينا) إشارة إلى ما ذكر في القرآن أن نفس الحج لا يصلح أن يكون ظرفا . وقوله (وهذا أفضل) يعني من متمتع لم يسق الهدى . وقوله (على ما روينا) يريد به قوله قالت عائشة رضي الله عنها « كنت أفضل قلادة هدى رسول الله صلى الله عليه وسلم » وقوله (لأن له ذكرا في الكتاب) يريد قوله تعالى - ولا الهدى ولا القلادة - (ويلبى ثم يقلد لأنه يصير محرما بالتقليد والتوجه معه على ما سبق) في فصل قبيل القرآن ، والشروع في الإحرام بالتلبية أولى لأنه الأصل ، والتقليد يقوم مقامه ، والعمل

أقول : فيه أن السبب بعد الطواف إلا أن يكون ذق ، يعني « من » كما قالوا في حصول صدقة لله في العسل (قال المستب : وهذا أفضل) أقول : قال الإقناع : أن التمتع الذي يسوق الهدى أفضل من التمتع الذي لا يسوق الهدى ، أو سناه سوق الهدى بعد الإحرام بالتلبية أفضل من الإحرام بتقليد البينة وسوقها بعده ليس لزم لب ، والمراد من التمتع الذي أراد التمتع لأنه قبل الإحرام لا يكون متصفا به ، ولا يخفى من ملاحظته لسياق الكلام وإشادته إلى التكرار .

(١) قوله (لا يشترط فيه في السببية) كلما في بعض النسخ ، وفي بعضها ، لا يفيد في السببية ، وكلاهما صحيح لكنه مفسد .

أحرم بنى الحليفة وهداياها تساق بين يديه ، ولأنه أبلغ في التشهير إلا إذا كانت لانتقاد فحيث يقودها . قال (وأشهر البينة عند أبي يوسف وعبد) رحمهما الله (ولا يشعر عند أبي حنيفة) رحمه الله (ويكره) والإشعار هو الإدماء بالجرح لفة (وصفته أن يثقب سنامها) بأن يطعن في أسفل السنام (من الجانب الأيمن أو الأيسر) قالوا : والأشبه هو الأيسر لأن النبي صلى الله عليه وسلم طعن في جانب اليسار مقصودا وفي جانب الأيمن اتفاقا ، ويطعن سنامها بالدم إعلاما ، وهذا الصنع مكروه عند أبي حنيفة رحمه الله ، وعندهما حسن . وعند الشافعي رحمه الله سنة لأنه مروى عن النبي صلى الله عليه وسلم وعن الخلفاء الراشدين رضي الله عنهم ، ولهما أن المقصود من التقليد أن لا يهاج إذا وود ماء أو كلاً أو يرد إذا ضل وإنه في الإشعار أتم لأنه أزر ، فمن هذا الوجه يكون سنة إلا أنه

عن الإحرام بلا فعل وفيه إقناع إلا أن يستلزم خلافه إحداه قول ثالث فيتم المراد (قوله إلا إذا كانت لانتقاد) أي للسوق ، وفي بعض النسخ لانتساق (قوله لأن النبي صلى الله عليه وسلم طعن النخ) قالوا لأنها كانت تساق إليه وهو يستقبلها فيقبل من قبل روعوسها والخربة يمينه لا محالة والطن حينئذ إلى جهة اليسار أمكن وهو طبع هذه الحركة فيقع الطعن كذلك مقصودا ثم يعطف طاعنا إلى جهة يمينه يمينه وهو متكلف بخلافه إلى الجهة الأولى ، وهذا بناء على أنه عليه الصلاة والسلام أشعر من جهة اليمين واليسار ، وعلى أن صفته حالة الإشعار كان ما ذكر . فأما الأول فالذي في مسلم عن أبي حسان عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه عليه الصلاة والسلام صلى الظهر بنى الحليفة ثم دعا بيته فاشعرها في صفحة سنامها الأيمن ، وروى البخاري الإشعار ، فلم يذكر فيه الأيمن ولا الأيسر إلا أن ابن عبد البر ذكر أنه رأى في كتاب ابن عليه يستدل لي أبي حسان عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه عليه الصلاة والسلام أشعر بدنه من الجانب الأيسر ثم سلت الدم عنها وقلعها نعلين ، قال ابن عبد البر : هذا منكر من حديث ابن عباس ، بل المعروف ما رواه مسلم وغيره عنه في الجانب الأيمن ، وصحح ابن القطان كلامه ، لكن قد أسند أبو يعلى إلى أبي حسان عن ابن عباس بطريق آخر « أنه عليه الصلاة والسلام أشعر بدنه في شقها الأيسر ثم سلت الدم بأصبعه » الحديث . وفي موطأ مالك عن نافع « أن ابن عمر رضي الله عنهما كان إذا أهدى هديا من المدينة يقلعه بنعلين ويشعره في الشق الأيسر » فهنا يعارض ما في مسلم من حديث ابن عباس إذ لم يكن أحد أشد اقتضاء لظواهر فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم من ابن عمر ، فلو علمه وقوع ذلك من فعله صلى الله عليه وسلم لم يستمر عليه . فوجه التوفيق حيث هو ما صرنا إليه من الإشعار فيهما حلا للروايتين على رؤية كل راء الإشعار من جانب وهو واجب ما أمكن . وأما الثاني فلا تعلم صريحا في وصفه كيف كان لكنه حل على ما هو الظاهر . إذ الظاهر من قاضيهما لإثبات فعل فيها وهي تساق إليه ذلك . والله أعلم بحيلة كل حال (قوله لأنه أزر)

بالأصل أولى عند الإمكان لا محالة ، ثم السوق في الهدى أفضل من القود لأن النبي صلى الله عليه وسلم سيقته هداياه إذ أحرم بنى الحليفة بين يديه . وقوله (قالوا والأشبه) يعنى إلى الصواب في الرواية (هو الأيسر) وذلك أن الهدايا كانت مقبلة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وكان يدخل بين كل بعيرين من قبل الرعوس ، وكان الرمح يمينه لامحالة فكان يقع طعنه عادة أولا على يسار البعير ، ثم كان يعطف عن يمينه ويشعر الآخر من قبل يمين البعير اتفاقا للأول لإقصاء إليه فصان الأمر الأصل أحق بالاعتبار في الهدى إذا كان واحدا . وقوله (ولهما أن المقصود من التقليد أن لا يهاج) أي لا يثقر ولا يطرده عن الماء والكلى (أو يرد إذا ضل) وإنه في الإشعار أتم لأنه أزر . لأن القلادة قد تحل وقد يحتمل أن تسقط منها والإشعار لا يفارقها (فمن هذا الوجه يكون سنة إلا أنه

(قال المصنف : فمن هذا الوجه يكون سنة) أقول : فيه بحث يظهر لمن علم ما السنة .

عارضه جهة كونه مثله فقلنا بحسنة . ولأبي حنيفة أنه مثله وأنه منهى عنه . ولو وقع التعارض فالترجيح للمحرّم وإشعار النبي صلى الله عليه وسلم كان لصيانة الهدى لأن المشركين لا يمتنعون عن تعرضه إلا به . وقيل إن أبا حنيفة كره إشعار أهل زمانه لمباغتهم فيه على وجه يخاف منه السراية ، وقيل : إنما كره إظهاره على التقليد . قال (فإذا دخل مكة طاف وصعى) وهذا للعمرة على ما بينا في تمتع لا يسوق الهدى (إلا أنه لا يتحلل حتى يحرم بالحج يوم التروية) لقوله صلى الله عليه وسلم (لو استقبلت من أمرى ما استدبرت لما سقت الهدى ولجعلها عمرة وتحملت منها) وهذا ينفي التحلل عند سوق الهدى (ويحرم بالحج يوم التروية) كما يحرم أهل مكة على ما بينا (وإن قدّم

لأن القلادة قد تتحل أو تنقطع فتسقط) قوله (ولو وقع التعارض فالترجيح للمحرّم) قد يقال : لا تعارض فإن انتهى عنه كان بأثر قصة المرتين عقيب غزوة أحد ومعلوم أن الإشعار كان بعده ، فعلم أنه إما مخصوص من نص نسخ المثلة ما كان هليا أو أنه ليس بمثلة أصلا وهو الحق ، إذ ليس كل جرح بمثلة بل هو ما يكون تشويها كقطع الأنف والأذنين وسمل العيون ، فلا يقال لكل من جرح مثل به ، والأولى ما حمل عليه الطحاوى من أن أبا حنيفة إنما كره إشعار أهل زمانه لأنهم لا يتنبهون إلى إحسانه وهو شق مجرد الجلد ليدى ، بل يبالغون في اللحم حتى يكثر الألم ويخاف منه السراية (قوله لأن المشركين لا يمتنعون إلا به) قد يقال : هذا يتم في إشعار عام الحنظلية وهو مفرد بالعمرة لأن إشعاره هنا حجة الوداع ، لأن المشركين كانوا قد أجلوا قبل ذلك في فتح مكة في الثامنة ، ثم بعث عليا رضى الله عنه في التاسعة يتلو عليهم سورة براءة ويناضى : لا يطوف بهذا البيت مشرك ولا عريان . والجواب أن يراد تعرضهم للطريق حال السفر لئلا يسمعون بحال لسيد المسلمين (قوله وهذا ينفي التحلل عند سوق الهدى) يعنى لما كان المقصود من هذا الكلام وتقديمه تحريمه إظهار التأسف على

عارضه جهة كونه مثله (والمثلة هي أن يصنع بالحجوان ما يصير به مثلا ، وقيل هي لإلام ما وجب قتله أو أبيح قتله) فقلنا بحسنة . ولأبي حنيفة أنه (أى الإشعار) (مثله) (أى فعل المثلة) منهى عنه . ولو وقع التعارض بين كونه سنة وبين كونه مثله (فالترجيح للمحرّم) فإن قيل : انتهى عن المثلة كان بأحد الإشعار عام حجة الوداع والمتأخر ناسخ فأين التعارض ؟ أجيب بأن عمران بن حصين روى : أن النبي صلى الله عليه وسلم بمقام خيليا إلا نهانا عن المثلة فكان الإشعار منسوخا فلا أقل من التعارض والترجيح للمحرّم للاحتياط أو للاحتراز عن تكرار التبسخ . وقوله (وإشعار النبي صلى الله عليه وسلم) جواب عما قال الشافعى إنه مروى عن النبي صلى الله عليه وسلم وهو ظاهر . وقوله عليه الصلاة والسلام (لو استقبلت من أمرى ما استدبرت) أى لو علمت أولا ما علمت آخر (لما سقت الهدى) وقصة ذلك أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر أصحابه بأن يفسخوا إحرام الحج ويعمرؤا بالعمرة لما بلغوا مكة تحقيقا لمخالفة الكفرة ، وكانوا لا يفسخون ولا يحلقون ينتظرون رسول الله صلى الله عليه وسلم هل يحل أو لا ؟ فاعتذر النبي عليه الصلاة والسلام وقال : لو استقبلت الخ ، وبين فيه أن سوق الهدى يمنعه عن التحلل ، ولو لا ذلك لتحلل . وقوله (ويحرم بالحج) ظاهر . وقوله (على ما بينا) إشارة إلى ما قال

(قال المصنف : حتى يحرم بالحج) أقول : قال الإجماع يرجع إلى لا التصب ، لأن حتى ليست غاية لفيد المعنى أنه . وفي بحث لأن حتى لا ينافيها معنى الغاية سواء كانت جارية أو معلقة أو إيجابية على ما صرحوا به ، والظاهر أنه منصوب ولا يلزم انقضاء ، فإن مفهوم الغاية لو سلم اجتراء فلا يعارضها المنطوق ، ومنه جواز تحلل الحرم بالحج لله وقت معلوم معلوم ما سبق فقلنا .

(١) (قوله قد أجروا) كلما عرق بعض التبسخ بالحج بعد المعز ، والمضى عليه صحيح : أى خرجوا عن مكة ، وسميت في بعض التبسخ بإثارة مرقها ، وقوله بعده لسيد المسلمين ، في بعض التبسخ لسيد المرسلين ، وكل صحيح كنهه سبحانه .

الإحرام قبله جاز ، وما عجل التمتع من الإحرام بالحج فهو أفضل) لما فيه من المسارعة وزيادة المشقة ، وهذه الأفضلية في حق من ساق الهدى وفي حق من لم يسق (وعليه دم) وهو دم التمتع على ما بيننا (وإذا حلق يوم النحر فقد حل من الإحرامين) لأن الحلق يحل في الحج كالسلام في الصلاة فيتحلل به عنهما . قال (وليس لأهل مكة تمتع ولا قران ، وإنما لم الأفراد خاصة) خلافاً للشافعي رحمه الله ،

ثاني الإحلال يشرح صدر أصحابه بموافقتهم كما كان دأبه عليه الصلاة والسلام كان قوله « لو استدركت ما فاتني لما مقت الهدى ولجعلها عمرة » أي مفردة لم أقرن معها الحج . وتحلت بفيد أن التحلل لا يتأني إلا بما يتضمنه كلامه من إفراذ العمرة وعدم سوق الهدى ، فلو كان التحلل يجوز مع سوق الهدى لاكتفى بقوله لجعلها عمرة وتحلت وإنما احتاج إلى هذا لأنه لو استدل بأنه لما ساق الهدى امتنع عليه التحلل من العمرة كان معترفاً بأنه عليه الصلاة والسلام حج متمتعاً ، والثابت عندنا أنه حج قارناً على ما قلناه (قوله وهذه الأفضلية) أي أفضلية تمجيد التمتع بالإحرام بالحج (قوله فقد حل من الإحرامين) فيه دليل على بقاء إحرام العمرة إلى الحلق . وأورد عليه في النهاية لو كان كذلك لزم القارن دمان إذا جنى قبل الحلق . وقال علماؤنا : إذا قتل القارن صبيداً بعد الوقوف قبل الحلق لزمه قيمة واحدة ، ولو بقي بعد الوقوف لزمه دمان . وأجاب بأن إحرام العمرة انتهى بالوقوف ولم يبق إلا في حق التحلل ، لأن الله تعالى جعل الحج غاية لإحرام العمرة ، ولا وجود للمضروب له الغاية بعدها إلا ضرورة وهي ما ذكرنا ، وإذا لم يبق في حق غير ذلك لم تقع الحنابة عليه اه . قال في شرح الكثر . وهذا بعيد فإن القارن إذا جامع بعد الوقوف يجب عليه بدنة للحج وشاة للعمرة وبعد الحلق قبل الطواف شاتان اه . وما نقله في النهاية إنما هو قول شيخ الإسلام ومن تبعه ، وقد صرح به عنه بخصوصه في النهاية في آخر فصل جزاء الصيد ، وأكثر عبارات الأصحاب مطلقاً وهي الظاهرة ، إذ قضاء الأعمال لا يمنع بقاء الإحرام . والواجب إنما هو باعتبار أنه جنابة على الإحرام لأعلى الأعمال . والفرع المنقول في الجماع يدل على ما قلنا ، بل سندكر عن الكتب المعتبرة عن بعضهم أن فيها بعد الحلق البدنة والشاة أيضاً بالجماع ، وعن بعضهم البدنة فقط . ونبين الأولى منهما . ثم إن شيخ الإسلام قيد لزوم الدم الواحد بغير الجماع وقال : إن في الجماع بعد الوقوف شاتين ، فلا يخلو من أن يكون لإحرام العمرة بعد الوقوف توجب الحنابة عليه شيئاً أولاً ، فإن أوجبت لزم شاة الواجب وإلا فشمول العدم (قوله وليس لأهل مكة تمتع ولا قران) يحتل في الوجود : أي ليس يوجب لهم ، حتى لو أحرم مكى بعمرة أو بهما

وعليه دم التمتع للنفس التي تلونا : يعني قوله تعالى - فمن تمتع بالعمرة إلى الحج - وقوله (وإذا حلق يوم النحر فقد حل من الإحرامين) يعني لإحرام العمرة وإحرام الحج . فإن قيل : التحلل منهما يقتضي قيام كل منهما عند الحلق ، ولو كان لإحرام العمرة بأقيا عنده لزم القارن دمان إذا جنى بقتل الصيد قبل الحلق بعد الوقوف بعرفة وليس كذلك بل عليه دم واحد ، ولو كان الإحرام بأقيا لزم قيمتان كما قيل الوقوف . أوجب بأن لإحرام العمرة باق التحلل لا غير لأن التحلل لا يصور بدونه ، وأما بالنسبة إلى ما عداه فليس يباقي لأن الله تعالى جعل غاية لإحرام العمرة الحج والمضروب له الغاية لا يبق بعد وجودها إلا لضرورة وهي بالنسبة إلى التحلل لا غير ، وإذا كان كذلك لم تقع الحنابة على إحرام العمرة فلا يجب لأجله شيء . كل إحرام المفرد بالحج بعد الحلق فإنه لا يبق في حق سائر المخطورات ويصح في جهة الجماع ضرورة طواف الزيارة . وقوله (وليس لأهل مكة تمتع ولا قران) اعلم أن أهل مكة ومن كان داخل الميقات لا تمتع لهم ولا قران عند أبي حنيفة وأصحابه وإنما هم في ذلك على ما ذهب إليه بن عباس وعبد الله

وطاف العمرة في أشهر الحج ثم حج من عامه لا يكون متمما ولا قارنا ، وبواقفه ماسيا في الكتاب من قوله : وإذا عاد المتمتع إلى بلده بعد فراغه من العمرة ولم يكن ساق الهدى يطل تمتعه لأنه لم يأهله فيها بين التسيكين إلى ما صححنا وذلك يطل تمتع . فأفاد أن عدم الإلزام شرط لصحة التمتع فيقتضي لانتفائه . وعن ذلك أيضا خص القرآن في قوله بخلاف المكي إذا خرج إلى الكوفة وقرن حيث يصح لأن عمرته وحجته ميقاتان . قالوا : خص القرآن لأن التمتع منه لا يصح لأنه لم يأهله بعد العمرة . ويحتمل نفي الحل . كما يقال : ليس لك أن تصوم يوم النحر ولا أن تتنفل بالصلاة عند الطلوع والغروب ، حتى لو أن مكيا اعتمر في أشهر الحج وحج من عامه أو جمع بينهما كان متمما أو قارنا إنما يفعله بإيها على وجه منهي عنه . وهذا هو المراد بحمل ما قدمناه من اشتراط عدم الإلزام للصحة على اشتراطه لوجود التمتع الذي لم يتعلق به نهى شرعا المنتهض سببا للشكر وبواقفه ما في غاية البيان : ليس لأهل مكة تمتع ولا قران ، ومن تمتع منهم أو قرن كان عليه دم وهو دم جناية لا يأكل منه . وصح عن عمر رضي الله عنه أنه قال : ليس لأهل مكة تمتع ولا قران . وقال في التحفة : ومع هذا لو تمتعوا جاز وأساءوا وعليهم دم الجبر ، وسند ذكر من كلام الحاكم صريحا . ومن حكم هذا الدم أن لا يقوم الصوم مقامه حالة العسرة : فإذا كان الحكم في الواقع لزوم دم الجبر لزم ثبوت الصحة لأنه لا جبر إلانما وجد بوصف النقصان لا لما لم يوجد شرعا . فإن قيل : يمكن كون الدم للاختار في أشهر الحج من المكي لا للتمتع منه ، وهذا فاش بين حنفية مصر من أهل مكة ، ونازعهم في ذلك بعض الأفاقيين من الحنفية من قريب وجرت بينهم شئون . ويعتمد أهل مكة ما وقع في البدائع من قوله ولأن دخول العمرة في أشهر الحج وقع رخصة لقوله تعالى - الحج أشهر معلومات - قيل في بعض وجه التأويل : أي للحج أشهر معلومات ، واللام للاختصاص فاخصت هذه الأشهر بالحج ، وذلك بأن لا يدخل فيها غيره ، إلا أن العمرة دخلت فيها رخصة للآفاق ضرورة تعذر إنشاء سفر للعمرة نظرا له ، وهذا المعنى لا يوجد في حق أهل مكة ومن بمكناهم ، فلم تكن العمرة مشروعة في أشهر الحج في حقهم ، فثبتت العمرة في أشهر الحج في حقهم بمعية اه . وفيه بعض اختصار والذي ذكره غير واحد خلافه ، وقد صرحوا في جواب الشافعي لما أجاز التمتع للمكي . وقال في بعض الأوجه نسخ منع العمرة في أشهر الحج عام فيتناول المكي كغيره . فقالوا : أما النسخ فتأبى عندنا في حق المكي أيضا حتى يعتمر في أشهر الحج ، ولا يكره له ذلك ولكن لا يندر .

ابن عمر رضي الله عنهم ، ولو تمتعوا جاز وأساءوا ولزمهم دم الجبر . وقال الشافعي : لم التمتع والقران ولكن لادم عليهم ، واستدل على ذلك بقوله تعالى - فمن تمتع بالعمرة إلى الحج - فإنه بإطلاقالافصل بين الآفاق وغيره . فإن قيل : ذلك لمن لم يكن إشارة إلى التمتع المفهوم من تمتع وهو يقتضي أن لا يكون لأهل حاضري المسجد الحرام تمتع . أجاب الشافعي بأن ذلك إشارة إلى الهدى المعلوم من قوله تعالى - فما استيسر من الهدى - ولأجل هذا قلت إنه لادم عليهم . ولنا قوله تعالى - ذلك لمن لم يكن أهله حاضري المسجد الحرام - ووجه أن موضوع ذلك في كلام العرب البعيد والقرآن نزل على لسانهم ، وما ذكرتم من الهدى قريب لا يصلح ذلك حقيقة له ، والتمتع المفهوم من

(قوله ولو تمتعوا جاز وأساءوا) أقول : كما قال صاحب تحفة الفقهاء ، ولما قلنا يدل عليه كلام المصنف في هذا الباب فجلال نعمهم كما لا يخفى على الناظر المتأمل (قوله ووجه أن موضوع ذلك في كلام العرب البعيد والقرآن نزل على لسانهم ، وما ذكرتم من الهدى قريب لا يصلح حقيقة له) أقول : يجوز أن يكون من قيل - لم ذلك الكتاب - .

فضيلة التمتع إلى آخر ما سنده إن شاء الله تعالى . فإنكار أهل مكة على هذا اعتبار المكي في أشهر الحج إن كان مجرد العمرة فخطأ بلا شك ، وإن كان لعلمهم بأن هذا الذي اعتمر منهم ليس بحج يتخلف عن الحج إذا خرج الناس للحج بل يحج من عامه فصحيح بناء على أنه حينئذ إنكار لصفة المكي لا لمجرد عمرته . فإذا ظهر لك صريح هذا الخلاف منه في إجازة العمرة من حيث هي مجرد عمرة في أشهر الحج ومتعها وجب أن يتفرع عليه ما لو كرز المكي العمرة في أشهر الحج وحج من عامه هل يتكرر الدم عليه ؟ فقل من صرح بطلها له وأن المنع ليس إلا لتمامه لا يتكرر عليه لأن تكرره لا أثر له في ثبوت تكرره تتمعه فلما عليه دم واحد لأنه تمتع مرة واحدة . وعلى من منع نفس العمرة منه وأثبت أن نسخ حرفتها إنما هو للاتفاق فقط ينبغي أن يتكرر الدم بتكررها ، والله أعلم . وإنما النظر بعد ذلك في أولى القولين ، ونظر هؤلاء إلى العمومات مثل وضعت العمرة في الحج . وصريح منع المكي شرعا لم يثبت إلا بقوله تعالى : ذلك لمن لم يكن أهله حاضري المسجد الحرام . وهو خاص بالجمع تمتعا فثبت فيها وراه على الإباحة ، غير أن الأخير أن يقول دليل التخصيص مما يضع تعليله ويخرج به معه ، وتعليل منع الجمع المتبادر منه أن يحصل الرق ودفع المشقة الآتية من قبل تعدد السفر أو إطالة الإقامة وذلك خاص ، فثبت المنع السابق على ما كان ويختص النسخ بالاتفاق ، والنظر بعد ذلك بحال ، والله سبحانه الموفق . ثم ظهر لي بعد نحو ثلاثين عاما من كتابة هذا الكتاب أن الوجه منع العمرة للمكي في أشهر الحج سواء حج من عامه أولا ، لأن النسخ خاص لم يثبت ، إذ المنقول من قول العمرة في أشهر الحج من أفجر الصجر لا يعرف إلا من كلام الجاهلية دون أنه كان في شريعة إبراهيم عليه الصلاة والسلام أو غيره ، ولم يبق إلا النظر في الآية ، وحاصله عام مخصوص فإن قوله ذلك الخ تخصيص من تمتع بالعمرة إلى الحج لأنه مستقل مقارن . والحق في تعليله بأن يجوز للاتفاق لدفع الحرج كما عرف ومنعه من التكي لعلمه . ولا شك أن عدم الحرج في عدم الجمع لا يصلح علة لمنع الجمع لأنه إذا لم يخرج بعدم الجمع لا يقتضي أن يتعين عليه عدمه ، بل إنما يصلح عدم الحرج في عدم الجمع أن يجوز له كل من عدم الجمع والجمع لأنه كمال يخرج في عدم الجمع لا يخرج في الجمع ، فحين وجب عدم الجمع لم يكن إلا لأمر زائد ، وليس هنا سوى كونه في الجمع موقفا للعمرة في أشهر الحج . ثم لاشك أن منع نفس العمرة في أشهر الحج للمكي متعين على الأحوال الأولى التي أبدىناه في قوله وليس لأهل مكة تمتع ولا قران الخ ، وهو أن العمرة لا تتحقق منه أصلا لأنه إذا لم يتحقق منه حقيقة التمتع الشرعية لا يكون منه من التمتع إلا للعمرة ، فكان حاصل منع صورة التمتع إما لمنع العمرة أو الحج ، والحج غير ممنوع منه فتعينت العمرة غير أني رجحت أنها تتحقق ، ويكون مستأنسا بقول صاحب النسخة لكن الأوجه خلافه لتصريح أهل المذهب من أبي حنيفة وصاحبيه في الآفاق الذي يعتمر ثم يعود إلى أهله ولم يكن ساق الهدى ثم حج من عامه بقوله بطل تمتعه وتصريحهم بأن من شرط التمتع مطلقا أن لا يلزم بأهله بينهما إلهاما صحيحا ولا وجود للمشروط قبل وجود شرطه . ولا شك أنهم قالوا بوسود القاسد مع الإثم ولم يقولوا بوجود الباطل شرعا مع ارتكاب التهي كبيع الحر ليس ببيع شرعي . ومقتضى كلام أئمة الملعب أولى بالاعتبار من كلام بعض المشايخ ، وإنما لم نسل في منع العمرة في أشهر الحج مسئلة صاحب البدائع لأنه بناء على

تمتع بعيد يصلح لذلك فيصير إليه لأن العمل إذا أمكن بالحقيقة لا يصار إلى المجاز بالاتفاق فتكون الآية حجة عليه . فإن قيل : فما الجواب عن استدلاله بإطلاقه ؟ قلت : لا إطلاق ثمة بل كلمة من عامة خصص بقوله . ذلك لمن لم يكن

والحجة عليه قوله تعالى - ذلك لمن لم يكن أهله حاضري المسجد الحرام - ولأن شرعهما القرءة بإسقاط إحدى السفرتين

أمر لم يلزم ثبوته على الخصم ، وهو قوله جاء في بعض الأوجه أن المراد الحج أشهر وللأم للاختصاص ، وهذا مما لا يتصلح منه ، ويقول : بل جاز كون المراد أن الحج في أشهر معلومات فيقيد أنه يفعل فيها لاقى غيرها وهو لا يستلزم أن لا يفعل فيها غيره ، والله أعلم (قوله والحجة عليه) ملل احتجاج الشافعي على أن نسخ ترك الصرة في أشهر الحج عام في حق المكي وغيره ، ومعلوم شرعية الحج في حق الكل فجاز التمتع للكل ، وقوله تعالى - ذلك لمن لم يكن أهله حاضري المسجد الحرام - لا ينفية ، إذ مرجع الإشارة إلى الهدى لا التمتع ثبت بذلك جواز التمتع لم يسقط الهدى عنهم . قلنا : بل مرجع الإشارة التمتع لوضولها باللام ، وهي تستعمل فيها لنا أن فعله ، والتمتع لنا أن فعله ، بخلاف الهدى فإنه علينا ، فلو كان مراداً بطنى أن كان اللام بطنى قليل ذلك على من لم يكن أهله حاضري المسجد الحرام ، فإن قيل : شرع العمرة في أشهر الحج عام ، قلنا ممنوع بل ذلك على القول الذي ردناه . وعلى تقديره أيضاً لا ينفية لنا بجيز للمكي العمرة في أشهر الحج ، فإن أوله المجموع من العمرة مع الحج من عامه وهو المبر عنه بالتمتع بالعمرة إلى الحج في النص فهو أول المسئلة وعمل التراجع . ثم إن علينا دليل التخصيص أقوى قوله تعالى - ذلك لمن لم يكن أهله حاضري المسجد الحرام يكونه ملما بأهله بين أدائهما فلم يكمل

أهله حاضري المسجد الحرام - . وقوله (ولأن شرعهما) دليل معقول لنا ، وتقريره شرع التمتع والقرآن لأجل القرءة (بإسقاط إحدى السفرتين) وهو ظاهر ، والقرءة بذلك في حق الآفاق لأن غيره لا يثبت عليه هذا السر لقرءة حتى يترفع . واعترض بوجهين : أحدهما أن النص إن كان يقتضي ما ذكرتم على ما زعمتم لكن تخصيص الشيء بالذكر لا يدل على التقي عما عداه . والثاني أن الله تعالى شرع للقرآن والتمتع إبانة لنسخ ما كان عليه أهل الجاهلية من محرمهم العمرة في أشهر الحج ، والتسخين يثبت في حق الناس كافة ، ورجوع الإشارة إلى ما ذكرتم ينافي ذلك . ولجيب عن الأول بأن تخصيص الشيء بالذكر أنه لا يدل على نفي الحكم عما عداه لا يدل على ثبوته له أيضاً ، والأصل فيه العلم فينبى إلى أن يدل الدليل على خلافه . وعن الثاني بأن النسخ ثابت عندنا في حق المكي أيضاً ، حتى لو اعترض في أشهر الحج جاز بلا كراهة ، ولكن لا يدرك فضيلة التمتع لأن الإلزام قطع متممة كما قطع متعة الآفاق إذ يرجع بين التمسكين إلى أهله ، وفيه نظر لأنه يستدل به على بطلان التمتع لأعلى علم إدراك الفضيلة . والصواب أن يقال :

(قال المصنف : والحجة عليه قوله تعالى - ذلك لمن لم يكن أهله حاضري المسجد الحرام -) أقول : قال القس في تفسيره : اختلفوا في المراد بحاضري المسجد الحرام . فثبت أي حيلة رحمه الله من أهل المواقيت وهي ذوالحليفة والجلفة وقرن ويبلغ وذات مرة ، فكل من كان من أهل هذه المواضع أومن أهل ماوراءها إلى مكة فهو من حاضري المسجد الحرام لأنه لم يكن من المسافرين حيلة له . وفيه بحث ، لأنه يلزم على هذا أن يكون كل من كان بينه وبين مكة أقصر من مدة السفر من حاضري المسجد الحرام وإن كان مكانه دون الميقات كما هو ملصق الشافعي رحمه الله (قوله لكن تخصيص الشيء بالذكر لا يدل على نفي الحكم عما عداه) أقول : الاستدلال ليس بالفهم حتى يرد ما ذكره بل يطولق قوله تعالى - لمن لم يكن - فإن الإلزام الإحصائية تدل على نفي من كان من حاضري المسجد الحرام فأصل وبعد ما كتبت هذا رجعت لبدائع فوجدته قد استدلل على المطلوب بهذا الوجه فشكرت الله تعالى (قوله والأصل فيه العلم) أقول : غير مسلم ، ومن أين ثبت ذلك (قوله لأن الإلزام قطع منه) أقول : أنت غير بأن قوله إن الإلزام قطع منه إن كان صحيحاً في نفسه يلزم بطلان التمتع ولا يصح ما قاله ، ولو تمسوا جازوا وأما وإن لم يكن صحيحاً فلا بد من بيان وجه عدم صحة وأنى له ذلك ؟ (قوله وفيه نظر لأنه يستدل الخ) أقول : أنه أن تقول إضافة التخصيص إلى التمتع بيانية .

وهذا في حق الآفاق. ومن كان داخل الميقات فهو بمنزلة المكي حتى لا يكون له منعة ولا قران. بخلاف المكي إذا خرج إلى الكوفة وقرن حيث يصح لأن عمرته وحجته ميقتان فصار بمنزلة الآفاق

معنى الاتفاق في حق أهل مكة يشترعها في أشهر الحج. بخلاف الآفاق فتقاصر عن إيجاب الشكر بإقامة الدم بالنسبة إلى الآفاق فعدتيه إلى كل من لم بأهله بين التسكين حتى إذا اعتصر الآفاق في أشهر الحج ثم رجع إلى أهله فأقام ثم حج من عامه لا يكون متمتعا. وصار شرط التمتع المأذون فيه شرعا أن لا يلم بأهله بهذا المأخذ. إلا أن أبا حنيفة فرق بين كون العود مستحقا على الآفاق بأن كان سابق الملتى أولا فيجعل الإلزام عند استحقاق العود شرعا كعادته وميقاتي. وإذا علمت هذا فقتضاء مع ما قبلنا من الحق من أن التمتع بإطلاق القرآن الكريم والألفاظ الصباحية يوم القران لأنه تمتع بالاتفاق بالعمرة في أشهر الحج إشتراط عدم الإلزام للقران بالمأذون فيه أيضا. فيقتضى في المكي إذا خرج إلى الكوفة ثم جاد فأحرم بهما من الميقات في أشهر الحج ثم فعلهما أن لا يكون القران الشرعي المستعقب الحكم المعلوم من إيجاب الدم بشكرا. وهو خلاف ما ذكروه مما نص عليه المصنف بقوله: بخلاف المكي إذا خرج إلى الكوفة الخ. قالوا: خص المكي بالقران لأنه لا تمتع له في مثل هذه الصورة لأنه لم بأهله بعد العمرة ولو ساق الملتى لأن العود غير مستحق عليه. ومقتضى الدليل ما أعلمتك. بل ويقتضى أيضا بأدنى تأمل وجوب الدم جبرا على الآفاق إذا عاد ولم ثم رجع وسج من عامه إذا كانوا أوجبوه على المكي إذا تمتع لا تركابه التهي. وأنت علمت أن مناط نهيه وجود الإلزام وهو ثابت في الآفاق الملم. وانه سبحانه وتعالى أعلم. وقوله (لأن عمرته وحجته ميقتان فكان كالآفاق) قالوا يشير إلى أن عدم صحة التمتع منه إذا كان بمكة لإخلاله بميقات أحد للتسكين لأنه إن أحرم بهما من الحرم أخل بميقات العمرة. أو من الحل فبميقات الحج للمكي فيكره وبازمه الرفض. ولا يخفى أن ترك الإحرام من الميقات لا يوجب عدم صحة التملك المعين. ألا ترى لو أن ألقايا جاوز الميقات ثم أحرم بهما وفعلهما أنه يكون قارنا ويلزمه دم القران مع دم الوقت كما لو جنى على إحرامه بل أولى إذا تأملت. على أن المانع لو كان هذا لصح قران كل مكي بطريق أن يخرج إلى أدنى الحل كالنتيم فيحرم بعمرة ثم يخطو خطوة فيدخل أرض الحرم فيحرم بالحج. لكن المنع عام وسببه ليس إلا الآية والقران من التمتع. وقد صرح به المصنف فقال في آخر الباب: والقران منه: أي من التمتع. هذا ثم قيد المحبوبي قران المكي بأن يخرج من الميقات إلى الكوفة مثلا قبل أشهر الحج. أما إذا خرج بعد دخولها فلا قران له. لأنه لما دخلت أشهر الحج وهو داخل المواقيت فقد صار ممنوعا من القران شرعا فلا يغير ذلك بخروجه من الميقات. هكذا روى عن محمد. وقد يقال: إنه لا يمتنع به خطاب المنع مطلقا. بل مادام بمكة. فإذا خرج إلى الآفاق التحق بأهله لما عرف أن كل من وصل إلى مكان صار ملحقا بأهله. كالآفاق إذا قصد بستان بني عامر حتى جاز. له دخول مكة بلا إحرام

لأن متمتعه تقصت عن منعة الآفاق بغير ضرورة دمه دم جبر. وقوله (ومن كان داخل الميقات فهو بمنزلة المكي حتى لا يكون له منعة ولا قران) هذا راجع إلى تفسير حاضري المسجد الحرام. فعندنا هم أهل مكة. ومن كان داخل الميقات سواء كان بينه وبين مكة مسيرة سفر أو لم يكن. وعند الشافعي: هم أهل مكة ومن حولها إذا لم يكن بينه وبين مكة مسيرة سفر. كلها في ميسوط شيخ الإسلام. وقوله (بخلاف المكي) متصل بقوله وليس لأهل مكة تمتع ولا قران. يعني ليس له ذلك مادام بمكة. بخلاف ما إذا خرج إلى الكوفة وقرن حيث يصح) بلا كراهة (لأن عمرته وحجته ميقتان فصار بمنزلة الآفاق) قال المحبوبي: هذا إذا خرج إلى الكوفة قبل أشهر الحج.

(وإذا عاد التمتع إلى بلده بعد فراغه من العمرة ولم يكن ساق الهدي بطل تمتعه) لأنه لم يأهله فيها بين التمسكين لما صحبها وبذلك يبطل التمتع ، كما روى عن عدة من التابعين ، وإذا ساق الهدي فللإمامه لا يكون صحيحا ولا يبطل تمتعه عند أبي حنيفة وأبي يوسف وجهما الله . وقال محمد . رحمه الله : يبطل لأنه أداها بسفرتين . ولهما أن العود مستحب عليه ما دام على نية التمتع لأن السوق ينمته من التحلل فلم يصح للإمامه ، بخلاف المكي إذا خرج إلى الكوفة وأحرم بعمرة وساق الهدي حيث لم يكن متمتعا لأن العود هناك غير مستحب عليه فصح للإمامه

وغير ذلك ، وأصل هذه الكلية الإجماع ، على أن الآفاق إذا قدم بعمرة في أشهر الحج إلى مكة كان إحرامه بالحج من الحرم وإن لم يتم بمكة إلا يوما واحدا فإطلاق المصنف حيث دل هو الوجه ، هذا وأما على ما قدمناه من البحث : فلا يصح من القرآن الجائز ما لم يقض وطنه بمكة لزوم اشتراط علم الإمام فيه كالتمتع ، فإن قرن لزمه دم كما لو قرن وهو بمكة لما علمت من أن القرآن من ما صدقات التمتع بالنظم القرآني ويلزم فيه وجود أكثر أشواط العمرة . في أشهر الحج لأنه التمتع بالعمرة إلى الحج في أشهر الحج . ووجوب الشكر بالدم ما كان إلا لفعل العمرة فيها ثم الحج فيها ، وهذا في القرآن كما هو في التمتع . وما عن محمد فيمن أحرم بهما وطاف لعمرة في رمضان أنه قارن ولا دم عليه فإدراك به القارن بالمعنى اللغوي ، إذ لا شك في أنه قرن : أي جمع ، ألا ترى أنه نبي لازم القرآن بالمعنى الشرعي المأخوذ فيه وهو لزوم الدم ونبي اللازم الشرعي نبي الملزوم الشرعي ، والحاصل أن التسك المستحب للدم شكرا هو ما تحقق فيه فعل المشروع المرتفق به بالناسخ لما كان في الجاهلية وذلك بفعل العمرة في أشهر الحج ، فإن كان مع الجميع في الإحرام قبل أكثر طواف العمرة فهو المسمى بالقران وإلا فهو التمتع بالمعنى العرفي وكلاهما التمتع بالإطلاق القرآني وعرف الضحابة ، وهو في الحقيقة إطلاق اللفظ لخصول الرق بهذا السخ . هذا كله على أصول الملعب ، وأما ما اعتقده فمقتضى الدليل فسأذكره من قريب إن شاء الله تعالى (قوله وإذا عاد) الحاصل أن عود الآفاق الفاعل للعمرة في أشهر الحج إلى أهله ثم رجوعه وحجه من عامه إن كان لم ينسق الهدي بطل تمتعه بالتتابع علمنا ، وإن كان ساق الهدي فلكل عند محمد ، وقال أبو حنيفة وأبو يوسف : لا يبطل إلا إذا لم يوفده بالعمرة بسبب استحقاق الرجوع . شرعا إذا كان على عزم المتعة . والتقيد بعزم المتعة لئلا يستحق العود شرعا عند علمه فإنه لو بدله بعد العمرة أن لا يصح من عامه لا يؤخذ بذلك فإنه لم يحرم بالحج بعد ، وإذا خضع الهدي أو أمر بلبسه يقع تطوعا ، ثم استدلت المصنف عليه بقول التابعين ، ونقول من تعلمه قاله منهم مطلق ، والظاهر أنهم أيضا علموه من قوله تعالى : ذلك لمن لم يكن أهله حاضري المسجد الحرام . إذ لا صلة ثابتة في ذلك . من روايتهم . زوى الطحاوي

وأما إذا خرج بصلحا فقد منع من القرآن فلا يتغير بغيره من المقات . ولما خص القرآن بالذكر لأنه إذا خرج المكي إلى الكوفة واعتبر لا يكون متمتعا على ما ذكره . قوله (وإذا عاد التمتع إلى بلده بعد فراغه من العمرة ولم يكن ساق الهدي بطل تمتعه) باتفاق أصحابنا (لأنه لم يأهله فيها بين التمسكين لما صحبها) وقد تقدم تفسيره . (وبذلك يبطل التمتع كلما روى عن) ابن عباس و (عدة من التابعين) وهذا لأن جد التمتع ليس بصديق عليه حيث أنشأ لكل تسك سفر من أهله ، والمتمتع من يترقب بأداء التمسكين في سفرة واحدة . (وإذا ساق الهدي فللإمامه لا يكون صحيحا) على ما ذكره في الكتاب وهو واضح . وقوله (بخلاف المكي) متصل بقوله (وإذا ساق الهدي فللإمامه لا يكون صحيحا) يعني الآفاق إذا فعل ذلك لا يكون للإمامه صحيحا بخلاف المكي (إذا خرج إلى الكوفة وأحرم بعمرة وساق الهدي حيث لم يكن متمتعا لأن العود هناك غير مستحب عليه) لأن المراد بالعود هو ما يكون عن الوطن

بأهلها (ومن أحرّم بعمره قبل أشهر الحج فطاف لها أقل من أربعة أشواط ثم دخلت أشهر الحج فتمتعها وأحرّم بالحج كان متمتعاً) لأن الإحرام عندنا شرط. فيصح تقديمه على أشهر الحج ، وإنما يعتبر أداء الأفعال فيها وقد وجد الأكبر وللأكثر حكم الكل (وإن طاف لعمرته قبل أشهر الحج أربعة أشواط فصاعداً ثم حج من عامه ذلك لم يكن متمتعاً) لأنه أدى الأكثر قبل أشهر الحج ، وهذا لأنه صار بحال لا يفسد نسكه بالجماع فصار كما إذا تحلل منها قبل أشهر الحج . ومالك رحمه الله يعتبر الإتمام في أشهر الحج والحجّة عليه ما ذكرنا ،

عن سعيد بن المسيّب وعطاء وطاوس وعجّاهد والنخعي أن المتمتع إذا رجع بعد العمرة بطل تمتعه ، وكذا ذكر الرازي في كتاب [أحكام القرآن] ، والذي يظهر من مقتضى الدليل أن لا تمتع لأهل مكة ولا قران ، وأن رجوع الآفاق إلى أهل ثم عوده وحجّه من عامه لا يبطل تمتعه مطلقاً ، وهذا لأن الله تعالى قيد جواز التمتع بعدم الإتمام بالأهل القاطنين بالمسجد الحرام : أى مكة ومن الحق بأهلها بقوله تعالى - ذلك لمن لم يكن أهله حاضري المسجد الحرام - فلقد مانعة الإسلام عن التمتع وعليته لعلم الجواز بقيد كونه في مكة ، فتعدية المنع بتعدية الإسلام إلى ما ينظر حاضري المسجد الحرام من الأهل تبقى على إلغاء قيد الكون بالمسجد الحرام واعتبار المؤثر مطلق الإسلام وحجته تتوقف على عقلية عدم دخول القيد في التأثير وكونه طردياً ، والواقع خلافه للعلم بأن حصول الرقن التام بشرعية العمرة في أشهر الحج المنهض مؤثراً في إيجابه الشكر إذا حج في تلك الأشهر التي اهتمر فيها إنما هو للآفاق لا لحاضري المسجد الحرام القاطنين فيه لأنهم لا يلحقهم من المشقة نحو ما يلحق الآفاق بمنع العمرة في أشهر الحج ، بخلاف الآفاق فكان فائدة شرعية العبرة فيها في حق الآفاق هو الظاهر فساب أن يخص هو بشرعية التمتع فكان قيد حضور الأهل في الحرم ظاهر الاعتبار في المنع من التمتع فلا يجوز إلغاؤه ، والله سبحانه أعلم (قوله ومالك يعتبر الإتمام في أشهر الحج) أى في كونه متمتعاً إذا حج من عامه . فالملاب ثلاثة : مذهبا : يصير متمتعاً إذا أدى أكثر أفعال العمرة في أشهر الحج وإن أحرم بها قبلها . ومذهب مالك : إذا أتمها فيها وإن فعل الأكثر خارجها . ومذهب الشافعي : لا يصير متمتعاً حتى يحرم بالعمره في أشهر الحج وهو بناء على أن الإحرام ركن . وعندنا هو

إلى الحرم أو إلى مكة وليس ههنا بوجود لكونه في الحرم أو في مكة فلا يتصور العود ، وإذا ساق الهدى لا يكون متمتعاً فلأن لا يكون إذا لم يسق كان أولى . وقوله (ومن أحرّم بعمره قبل أشهر الحج) فيه ثلاثة ملاب : ذهب الشافعي إلى أنه إذا أحرّم بالعمره قبل أشهر الحج لا يكون متمتعاً وإن أدى الأعمال فيها . وقال مالك : هو متمتع وإن لم يؤد فيها إذا كان التحلل عن إحرام العمرة فيها ، وقلنا : إن أدى أربعة أشواط فيها كان متمتعاً وإلا فلا . وجه قول الشافعي إنما لم يجمع بين التسيك في أشهر الحج لتقديم ركن العمرة عليها وهو الإحرام ، ووجه قول مالك أن الجمع بينهما موجود باعتبار الإتمام وهو التحلل فيها ، ولنا ما ذكر في الكتاب أن الإحرام شرط فجاز تقديمه كقديم الطهارة على وقت الصلاة ، والاعتبار بأداء الأفعال فيها وقد وجد الأكثر . وللأكثر حكم الكل . قيل : إذا لم يعارضه نص فإن ثلاث ركعات من الظهر ليس لها حكم الكل لمعارضية النص الناطق برعاية الظهر . قوله (فإن طاف لعمرته قبل أشهر الحج) ظاهر مما ذكرناه . قوله (وهذا) إشارة إلى أنه لم يكن متمتعاً ، وأراد بالنسك الحرة ، ونعتناه أن نسك العمرة يفسد إذا جامع بعد ما طاف ثلاثة أشواط ولم يفسد بعد ما طاف أربعة أشواط ، فإن طاف أربعة أشواط قبل أشهر الحج صار بحيث لا يفسد نسكه بالجماع فصار كأنه تحلل قبل أشهر الحج ، ولو تحلل قبلها لم يكن متمتعاً فكاننا هذا ، وعلى هذا يكون هذا المذكور حجة على مالك لأنه يعتبر الإتمام وهذا في حكم

ولأن الترفق بأداء الأفعال والتمتع المترفق بأداء النسكين في سفرة واحدة في أشهر الحج . قال (وأشهر الحج شوال وذو القعدة وعشر من ذي الحجة) كلما روى عن العبادة الثلاثة وعبد الله بن الزبير رضى الله تعالى عنهم أجمعين ، ولأن الحج يفوت بمضى عشر ذي الحجة ، ومع بقاء الوقت لا يتحقق الفوات ،

شرط فلا يكون من مسمى العمرة . هذا وهل يشترط في القران أيضا أن يفعل أكثر أشواط العمرة في أشهر الحج ؟ ذكر في المحيط أنه لا يشترط ، وكأنه مستند في ذلك إلى ما قد مناه عن محمد رحمه الله فيمن أحرم بهما ثم قدم مكة وطاف لعمرة في رمضان أنه قارن ولا هدى عليه ، وتقدم أنه غير مستلزم للترك ، وأن الحق اشتراط فعل أكثر العمرة في أشهر الحج لما قلناه (قوله كلما روى عن العبادة الثلاثة وعبد الله بن الزبير) العبادة في عرف أصحابنا

الإحرام في حق علم الفساد فكلا في حق كونه غير متمتع (ولأن الترفق) إنما يكون (بأداء الأفعال ، والتمتع هو المترفق بأداء النسكين في سفرة واحدة في أشهر الحج) فلا بد أن توجد الأفعال كلها أو أكثرها فيه حتى يكون متمتعا . والجواب عن الشافعي يفهم من هذا لأن الإحرام ليس من أفعال العمرة بل هو من الشروط (قال : وأشهر الحج شوال وذو القعدة وعشر من ذي الحجة) لما ذكر أن المتمتع هو الذي يترقى بأداء النسكين في سفرة واحدة في أشهر الحج احتاج إلى أن يبين الأشهر فقال : أشهر الحج شوال وذو القعدة وعشر من ذي الحجة . فإن قلت : هل للمتمتع اختصاص بذلك أو القارن أيضا لا بد له أن يجمع بين النسكين في أشهر الحج . قلت : قال صاحب النهاية : وجدت رواية في المحيط أنه لا يشترط لصحة القران ذلك . قال في المتن : رجل جمع بين حجة وعمرة : أى أحرم ثم قدم مكة وطاف لعمرة في شهر رمضان كان قارنا ولكن لا هدى عليه . قوله (كلما روى عن العبادة الثلاثة وعبد الله بن الزبير) إنما فصل عبد الله بن الزبير عن العبادة وهم عبد الله بن مسعود وعبد الله بن عمر وعبد الله بن عباس لأنه ما كان يفهم في عرفهم من إطلاق العبادة إلا هؤلاء الثلاثة ، وأما في عرف المخالفين فالعبادة عبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر وعبد الله بن عمرو وعبد الله بن الزبير وليس عبد الله ابن مسعود منهم لأنه كان تقدم موته (ولأن الحج يفوت بمضى عشر ذي الحجة ومع بقاء الوقت لا يتحقق الفوات) وفي هذا إشارة إلى نبي قول مالك إن وقت الحج جميع الأشهر الثلاثة ، وهو مروى عن عروة بن الزبير استدلالا بقوله تعالى - الحج أشهر معلومات - وأقل الجمع المتفق عليه ثلاثة . وفائدة ذلك إنما تظهر في حق جواز تأخير طواف الزيارة إلى آخر ذي الحجة ، فإن قلت : الحج يفوت بمضى عشر ليال وتسعة أيام فلا يكون اليوم العاشر وهو يوم النحر من وقت الحج . قلت : هو متمسك أبي يوسف في غير ظاهر الرواية ، ولكننا نقول : فوات الحج بطول النحر من يوم النحر لأن الوقوف وهو الركن الأعظم موقت بوقت مخصوص يفوت بفواته لا لأنه خرج وقت الحج ، ألا ترى أن طواف الزيارة مخصوص بيوم النحر لا يجوز قبله . وهو ركن والركن لا يجوز أن يكون في غير وقته . ولقائل أن يقول : إن اعتبرتم الفوات يلزم أن لا يكون يوم النحر من وقت الحج ، وإن اعتبرتم أداء الأركان وجب أن يكون اليوم الثاني والثالث من وقت الحج لأن طواف الزيارة يجوز فيها ، وحينئذ جاز أن يكون ذو الحجة إلى آخره من وقت الحج . كما قال مالك ، والحق أن يقال : الموعول في ذلك ما نقل عن العبادة وغيرهم من الصحابة والتابعين أن أشهر الحج شوال وذو القعدة وعشر من ذي الحجة ، وفيه نظر لأن المتقول عنهم

(قال المصنف : ولأن الحج يفوت بمضى عشر ذي الحجة) الحق : فيه بحث ، لأن طواف الإفاضة يجوز في الخامس عشر والثاني عشر من شعبان

وهذا يدل على أن المراد من قوله تعالى - الحج أشهر معلومات شهران وبعض الثالث لأكثله

عبد الله بن مسعود وعبد الله بن عمر وعبد الله بن عباس رضي الله عنهم . وفي عرف غيرهم أربعة أخرجوا ابن مسعود وأدخلوا ابن عمرو بن العاص وابن الزبير ، قاله أحمد بن حنبل وغيره . وغلطوا صاحب الصحاح إذ أدخل ابن مسعود وأخرج ابن عمرو بن العاص ، قيل لأن ابن مسعود تقدمت وفاته وهؤلاء عاشوا حتى احتجج إلى علمهم . ولا يخفى أن سبب غلبة لفظ العبادلة في بعض من نفي بعد الله من الصحابة دون غيرهم مع أنهم نحو ما في رجل ليس إلا لما يؤثر عنهم من العلم وابن مسعود أعلمهم ، ولفظ عبد الله إذا أطلق عند المحدثين أنصرف إليه فكان اعتباراً من مسمى لفظ العبادلة أولى من الباقي ، ولو سلم أنه لأغلبة في اعتباره جزء المسمى فلا مشاحة في وضع الألفاظ . ثم حديث ابن عمر أخرجه الحاكم ومصححه وعلقه البخاري ، وحديث ابن عباس أخرجه الدارقطني وكذا أخرجه أيضاً عن ابن مسعود ، وأخرجه ابن أبي شيبة أيضاً . وحديث ابن الزبير أخرجه الدارقطني عنه قال : أشهر الحج شوال وذو القعدة وذو الحجة ، إن هذه الأشهر ليست أشهر العمرة إنما هي الحج وإن كان عمل الحج قد اقتضى باقتضاء أيام مني . وعن أبي يوسف أنه أخرج يوم النحر عنها فهي شوال وذو القعدة وعشر ليل من ذي الحجة ، واستيقظ باستبعاد أن يوضع لأداء ركن عبادة وقت ليس وقتها ولا هو منه . وفائدة كونه من أشهر الحج تظهر فيها لو قدم المحرم بالحج يوم النحر فطاف للقدم وسعى وبقي على إحرامه إلى قابل فإنه لا مسمى عليه عقيب طواف الزيارة لوقوع ذلك السعي معتدا به ، وأيضاً لا يكره الإحرام بالحج فيه مع أنه يكره الإحرام بالحج في غير أشهر الحج ، وأيضاً لو أحرم بعمرة يوم النحر فأتى بأعمالها ثم أحرم من يومه ذلك بالحج وبقي

وعشر من ذي الحجة بالتدكير . وهو اليلالي فلا يكون حجة في دخول يوم النحر في وقت الحج . والجواب أن ذكر أحد العبدتين من اليلالي والأيام بلفظ الجمع يقتضي دخول ما يلزاه من العدد الآخر كما تقدم في الاعتكاف . فإن قيل : سببنا ذلك لكن ما وجه دخول شوال وذو القعدة في وقته وأداء الحج لا يصح فيها ؟ أجيب بأن بعض أفعاله يصح فيها ، ألا ترى أن الأفاق إذا قدم مكة في شوال وطاف طواف القدوم وسعى بعده فإن هذا السعي يكون السعي الواجب في الحج فإنه لا يجب إلا مرة واحدة ، ولو فعل ذلك في رمضان لم يجزه عن السعي الواجب في الحج . وقوله (وهذا) أي ما روى عن العبادلة وما ذكرنا من المقول (يدل على أن المراد من قوله تعالى - الحج أشهر معلومات - شهران وبعض الشهر الثالث لأكثله) ولم يذكر كفاية الدلالة على ذلك : ومن الشارحين من قال : لفظ أشهر عام فيجوز أن يراد منه بعض وليس شيء لأن ما ينتهي إليه الخصوص إذا كان للعام جمعاً الثلاثة ، ولأن الخصوص إنما يكون بإخراج بعض أفراد العام لا بإخراج بعض كل فرد . ومنهم من قال : اسم الجمع يشترك فيه ما وراء الواحد بدليل قوله تعالى - فقد صفت قلوبكما - فإن المراد بالجمع التثنية . ورد بأن ذلك عند علم الإلباس كما في هذا المثال وما نحن فيه ملبس . وأقول : هو من باب ذكر الكل وإيراد الجزء . فإن قلت : فيكون مجازاً فلا بد له من قرينة . قلت : سياق الكلام لأنه قال الحج أشهر والحج نفسه ليس بأشهر . فكان تقديره والله أعلم : الحج في أشهر . والطرف لا يستلزم الاستغراق فكان البعض مراداً .

(قوله ولم يذكر كفاية الدلالة على ذلك) أقول : هي كفاية دلالة لفظ الأشهر على شهرين وبعض الثالث ، لا كفاية دلالة ما روى من العبادلة وما ذكر من المقول (قوله والطرف لا يستلزم الاستغراق) أقول : الأصوب أن يقال : لا يجمع الاستغراق (قوله فكان البعض مراداً) أقول : فيه محذور

(فإن قدم الإحرام بالحج عليها جاز لإحرامه) وانقدح حجا) خلافا للشافعي رحمه الله ، فإن عنده يصير مجزئا بالعمرة لأنه ركن عنده وهو شرط عندنا فأشبهه الطهارة في جواز التقديم على الوقت ، ولأن الإحرام تحريم أشياء وإيجاب أشياء ، وذلك يصح في كل زمان فصار كالتقديم على المكان . قال (وإذا قدم الكوفى بعمرة في أشهر الحج وفرغ منها وحلق أو قصر ثم اتخذ مكة أو البصرة دارا وحج من عامه ذلك فهو متمتع) أما الأول فلا لأنه ترفق بنسكين في سفر واحد في أشهر الحج . وأما الثاني فقليل هو بالاتفاق . وقيل هو قول أبي حنيفة رحمه الله . وعندنا لا يكون

محرمًا إلى قابل فحج كان متمتعًا ، وهذا يعكس على ما تقدم ويوجب أن يوضع مكان قولهم حج من عامه ذلك في تصوير المتمتع وأحرم بالحج من عامه ذلك (قوله فإن قدم الإحرام بالحج عليها جاز) لكنه يكره ، فقليل لأنه يشبه الشرط لعدم اتصال الأفعال والركن ، ولذا إذا اعتق العبد بعد ما أحرم لا يتمكن من أن يخرج بذلك الإحرام عن الفريض ، فالجواز لشبه الأول والكرامة الثاني . وقيل هو شرط والكرامة الطول المضي إلى الوقوع في محظوره (قوله أما الأول) وهو ما إذا اتخذ مكة دارا حتى صار متمتعًا بالاتفاق (وأما الثاني) وهو ما إذا اتخذ البصرة دارا (فقليل هو بالاتفاق) كالأول ، قاله الخصائص لأنه ذكره في الجامع الصغير من غير خلاف (وقيل هو قول أبي حنيفة)

المبادلة وغيرهم . وقوله (فإن قدم الإحرام عليها) أي على أشهر الحج (جاز لإحرامه) عندنا (وانقدح حجا خلافا للشافعي ، فإن عنده يصير مجزئا بالعمرة لأنه ركن عنده) فلا يتحقق قبل أوانه . فإن قيل : المذكور في الكتاب يدل على أنه لا يقع من الحج والمدعى وقوعه إحراما للعمرة . فالجواب أن الإحرام إذا وجد ولم يصلح أن يكون للحج ينصرف إلى ما يصلح له حلوا عن الإلغاء كمن نوى صوم القضاء من التها فإنه يكون شارعا في النفل (وهو شرط عندنا فأشبهه الطهارة في جواز التقديم على الوقت) فإن قيل : لو كان شرطا لما كره قبل أشهر الحج لكنه مكروه . أجيب بأن الكرامة ليست للتقديم على الوقت بل لتلايق في المحظور بطول الزمان . وقوله (ولأن الإحرام تحريم أشياء) أي يستلزمه كتحريم قتل الصيد وليس الخيط وحلق الرأس ونحو ذلك (وإيجاب أشياء) كالسعى والرمي وأمثالهما (وذلك يصح في كل زمان فصار كالتقديم على المكان) يعني الميقات . لا يقال : هذا كله تعليل في مقابلة النص ، وهو ما روى أنه صلى الله عليه وسلم قال « للمهل بالحج في غير أشهر الحج مهل بالعمرة » وفي ذلك دلالة على أنه ليس بشرط حيث لم يصح تقديمه . لأننا نقول : هذا الحديث شاذ جدا فلا يعتمد على مثله . قال (وإذا قدم الكوفى بعمرة) هذه المسألة على أربعة أوجه : الأول هو ما ذكره في الكتاب بقوله (ثم اتخذ مكة دارا) يعني أقام بها بعد ما فرغ من العمرة وحلق ثم حج من عامه ذلك وهو في هذا الوجه متمتع . والثاني ما ذكره ثانيا بقوله (أو البصرة دارا وحج من عامه ذلك) وقال هو متمتع وهو ينصرف إلى الوجهين جميعا وهو رواية الجامع الصغير ولم يذكر فيه خلافا . والثالث هو أن يخرج من مكة ولا يتجاوز الميقات حتى يخرج من عامه ذلك ، وفيه أيضا متمتع ، ولم يذكره لأن حكمه يعلم من الوجه الأول . والرابع هو أن يخرج من مكة ويتجاوز الميقات وعاد إلى أهله ثم حج من عامه ذلك ، وفي هذا الوجه ليس بمتمتع لأنه لم يأمله إلهاما صحيحا ومثله لا يكون متمتعًا ولم يذكره لكونه معلوما مما تقدم . وقوله (أما الأول) أي الوجه الأول وإنما صار فيه متمتعًا (لأنه ترفق بنسكين في سفر واحد في أشهر الحج) من غير أن يلزم إلهاما صحيحا ومثله متمتع (وأما الثاني فقليل هو بالاتفاق) ذكر

(قال المصنف : فإن قدم الإحرام عليها جاز إحرامه) أقول : ومن تقرير الدليل يظهر وجه التفرع فإنه شرط متفضل يقدم على الحج لأنه لا يكون يوم مرة وما بعده فيجوز التقديم على وقتها أيضا ، ومثله ليس كالصبرية فإنه شرط متصل (قوله فإن قيل المذكور في)

متمتعاً لأن المتمتع من تكون عمرته ميقانية وحجته مكية ونسكاه هذان ميقانيان . وله أن السفرة الأولى قائمة ما لم يعد إلى وطنه ، وقد اجتمع له نسكان فيها فوجب دم التمتع (فإن قلم بعمرة فأفسدها وفرغ منها وقصر ثم اتخذ البصرة داراً ثم اعتمر في أشهر الحج وحج من عامه لم يكن متمتعاً عند أبي حنيفة) رحمه الله (وقالوا هو متمتع) لأنه إنشاء سفر وقد تفرق فيه بتسكين . وله أنه باق على سفره ما لم يرجع إلى وطنه (فإن كان رجع إلى أهله ثم اعتمر في أشهر الحج وحج من عامه يكون متمتعاً في قولهم جميعاً) لأن هذا إنشاء سفر لانتهاء السفر الأول ، وقد اجتمع له نسكان صحيحان فيه ، ولو بقي بمكة ولم يخرج إلى البصرة حتى اعتمر في أشهر الحج وحج من عامه لا يكون متمتعاً بالاتفاق لأن عمرته مكية والسفر الأول انتهى بالعمرة القائمة ولا تمتع لأجل مكة (ومن اعتمر في أشهر الحج وحج من عامه فأيهما

وفي قولهما لا يكون متمتعاً ، قاله الطحاوي . والمسألة التي تأتي بعد هذه وهي ما إذا أفسد العمرة ترجيح قول الطحاوي ، ومبني الخلاف فيها على أن سفره الأول انتقض بقصد البصرة والنزول بها ونحوها كالطائف وغيرها مما هو خارج الواقيت أولاً ، فعندهما نعم ، فلا يكون متمتعاً في الأولى لأنه لم يفرق بالتسكين في سفره ويكون متمتعاً في الثانية ، وهي ما إذا أفسد العمرة ثم اتخذ البصرة داراً ثم قلم بعمرة قضاء وحج من عامه لأن ذلك السفر انتهى بالفاسدة ، وهذا سفر آخر حصل فيه تسكين صحيحين . وعنده لا فيكون متمتعاً في الأولى لم يحصلها صحيحين في سفره ولا يكون متمتعاً في الثانية لأنه لم يحصلها صحيحين في السفرة الواحدة ، وتقديهم بكونه اتخذ

الخصاص أنه لا يكون متمتعاً على قول الكل ، ذكره في المحيط ، وقول المصنف ملبس لأنه قال قليل هو بالاتفاق وهو محتمل أن يكون في كونه متمتعاً وفي كونه لا يكون متمتعاً . والثاني هو المراد على ما ذكره الخصاص . وروى الخطاكم الشهيد عن أبي عصمة سعد بن معاذ أن ما ذكر في الكتاب : يعني الجامع الصغير قول أبي حنيفة ، وعلى قولهما لا يكون متمتعاً ، وهكذا ذكر الطحاوي لأن المتمتع من تكون عمرته ميقانية وحجته مكية . وهذا ليس كذلك لأن نسكبه ميقانيان لأنه بعد ما جاوز الميقات خلافاً وعاد يلزمه الإحرام من الميقات فكان كالملم بأهله . ولأن حنيفة أن السفرة الأولى قائمة ما لم يعد إلى أهله فكان بمنزلة من لم يخرج من الميقات حتى غاد وحج . والحاصل أن الأصل عنده أنه ما لم يصل إلى أهله فهو بمنزلة من لم يجاوز الميقات . وعندهما أن من خرج من الميقات بمنزلة من وصل إلى أهله وإنما قال فوجب دم التمتع ولم يقل فهو متمتع لأن فائدة الخلاف تظهر في حق ونجوب الدم ، فقال وجب دم التمتع وهو دم قربة لكونه دم شكر ولهذا حل له تناول منه فيصاير إلى إيجابه باعتبار هذه الشبهة احتياطاً . وقوله (فإن قلم بعمرة) أي بإحرام عمرة (فأفسدها) بأن جامع أمراته قبل أعمال العمرة (وفرغ منها) يعني مقهى (وقصر) وتحلل (ثم اتخذ البصرة داراً ثم اعتمر في أشهر الحج) أي قضى العمرة التي أفسدها (وحج من عامه فذلك لم يكن متمتعاً عند أبي حنيفة) يعني إذا كان خروجه إلى البصرة في أشهر الحج ، وأما إذا خرج قبل

أقول : يعني قوله لأنه ركن منه (قوله وقول المصنف ملبس لأنه الخ) أقول : لا لبس فيه لظهور أن مراد المصنف هو الأول ، والاتفاق الذي ذكره الخصاص في كونه متمتعاً . قال الإمام غير الإسلام في شرح الجامع الصغير : رحمه عن أبي حنيفة رحمه الله في كونه في أشهر الحج طائف لما روى بين الصفا والبردة ثم سئل أو قصر ثم اتخذ مكة داراً أو إلى البصرة فالتفتها داراً ثم حج من عامه ، قال هو متمتع . وذكر الطحاوي في هذه المسئلة أن عنه أبي يوسف وعنه لا يصير متمتعاً . قال الخصاص : وهذا سهو ، والصواب أنه بلا خلاف كما ذكر في الكتاب وفي شرح الإنعام قاضيهان الجامع الصغير . وأما الوجه الثالث إذا اعتمر في أشهر الحج ثم رجع إلى غير بلده إلى البصرة أو إلى الطائف ونحو ذلك ثم حج من عامه فذلك فهو متمتع . وذكر الطحاوي أن هذا قول أبي حنيفة رحمه الله . أما قول

أفسد مضى فيه) لأنه لا يمكنه الخروج عن عبدة الإحرام إلا بالأفعال (وسقط دم المتعة) لأنه لم يرقى بأداء نسكين صحيحين في سفرة واحدة (وإذا تمتعت المرأة فضحت بشاة لم يجزها عن المتعة) لأنها أتت بغير الواجب ، وكلها الجواب في الرجل (وإذا حاضت المرأة عند الإحرام اغتسلت وأحرمت وصنعت كما يصنعها الحاج غير أنها لا تطوف بالبيت حتى تظهر)

البصرة ويحويها دارا اتفاق ، بل لا فرق بين أن يتخطها دارا أو لا ، صرح به في البدائع فقال : فأما إذا عاد إلى غير أهله بأن خرج من الميقات ولحق بموضع لأجله للقران والتمتع كالبصرة مثلا وانخذ هناك دارا أولم يتخطه توطن بها أولم يتوطن الخ ، وإذا رجعت إلى ما سمعت من قريب من أن من وصل إلى مكان كان حكمه حكم أهله إذا كان قصده إليه زال الرب .

[فروع] لو عاد إلى أهله بعد ما طاف لعمرة قبل أن يعلق ثم حج من عامه فهو متمتع لأن العود مستحق عليه عند من جعل الحرم شرط جواز الحلق وهو أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله . وعند أبي يوسف رحمه الله إن لم يكن مستحقا فهو مستحب كذا في البدائع . وذكر بعده بنحو ورقتين فيمن اعتمر في أشهر الحج فقال : وإن رجع إلى أهله بعد ما طاف أكثر طواف العمرة أوكله ولم يحل وألم بأهله محرما ثم عاد وأتم عمرته وحج من عامه فهو متمتع في قول أبي حنيفة وأبي يوسف خلافا لمحمد . له أنه أدى العمرة بسفرتين وأكثرها حصل في السفر الأول وهذا يمنع التمتع . ولما أن لما لم يصح بدليل أنه يباح له العود بذلك الإحرام لا بإحرام جديد فصار كأنه أقام بمكة ، ولو عاد بعد ما طاف ثلاثة أشواط ثم رجع فأتها وحج من عامه كان متمتعا . ولو أفسد العمرة ومضى فيها حتى أتتها ثم رجع إلى أهله ثم عاد وقضاها وحج من عامه فهو متمتع ، لأنه لما لحق بأهله صار من أهل التمتع وقد أتى به . ولو أنه لما فرغ من الفاسدة لم يخرج أولم يجاوز الميقات حتى قضى عمرته وحج لا يكون متمتعا لأنه حينئذ كواحد من أهل مكة ، حتى لو حج من عامه كان مسيطرا وعليه إيساءه دم . ولو خرج بعد إتمام الفاسدة إلى خارج المواقيت كالطائف ونحوه مما لأهله المتعة ثم رجع فقضى عمرته الفاسدة وحج من عامه فهو على الخلاف . عنده ليس بمتمتع

أشهر الحج واعتمر وحج من عامه ذلك فإنه يكون متمتعا بلا خلاف ، كذا في النهاية ناقل عن فيسوط شيخ الإسلام والفتاوى الظهيرية . وقال أبو يوسف ومحمد : هو متمتع ، والوجه من الجانبين ما ذكره في الكتاب . وقوله (وإذا تمتعت المرأة فضحت بشاة لم يجزها عن المتعة) لأنها أتت بغير الواجب عليها) إذ الواجب عليها دم المتعة والأضحية ليست بواجبة ، ولئن كانت واجبة بأن اشترت بنية الأضحية فلذلك واجب آخر عليها غير ما وجب بالتمتع (وكذلك الجواب في الرجل) وإنما خصت المرأة لأن المسألة كانت امرأة فرضت المسألة على ما وقع وإما لأن الغالب من حلقن الجهل ونية التضحية في هدى المتعة لا تكون إلا عن جهل . ثم لما لم يجزها عن دم الأمة كان عليها دمان سوى ما ذهبت : دم المتعة الذي كان واجبا عليها ، ودم أتمر لأنها قد حلت قبل الذبح (وإذا حاضت المرأة عند الإحرام اغتسلت وأحرمت وصنعت كما يصنعها الحاج غير أنها لا تطوف بالبيت حتى

أبي يوسف ومحمد لا يكون متمتعا . وذكر المصنف أن المذكور في الكتاب قول الكل لأخلاف لما فهم ، وهكذا في شرح الصدر الشهيد . ثم ذكر في المحيط على ما نقله الشارح إلا أن المصنف أنظر قوله في شرح الجامع الصغير فلا وجه للاعتراض عليه بأن قوله ليس بجيمع ، والله الموفق (قوله لأنها قد حلت قبل التمتع) أقول : فيه جهل ، إلا إذا فرض خلفها .

لحديث عائشة رضي الله عنها حين حاضت بسرف .

لأنه على سفره الأول فكانه لم يخرج من مكة فحين فرغ من القاسدة لزمه أن يقضها من مكة لأنه من أهل مكة . فلما خرج ثم أحرم بها فقضها صار ملما بأهله كما فرغ فيبطل تمته ، كالملكى إذا خرج ثم عاد فاعتزم ثم حج من عامه . وعندهما تمتع لانهاء سفره الأول ، فهو حين عاد آفاق فطلمها في أشهر الحج ، هذا إذا اعتزم في أشهر الحج وأفسدها ، فأما إذا كان اعتزم قبل أشهر الحج وأفسدها وآتمها على الفساد ، فإن لم يخرج من الميقات حتى يدخل أشهر الحج فقصى عمرته فيها ثم حج من عامه فليس بمتمتع اتفاقا وهو ككفى تمتع فيكون مسيئا وعليه دم . فلو جاء إلى غير أهله إلى موضع لأهله المتعة ثم عاد بإحرام العمرة ثم عاد فقضها في أشهر الحج ثم حج من عامه ، ففي قول أبي حنيفة هذا على وجهين : في وجه يكون متمتعا وهو ما إذا رأى هلال شوال خارج المواقيت . وفي وجه لا يكون متمتعا وهو ما إذا رأى هلال شوال داخل المواقيت ، لأن في الوجه الأول أدركه أشهر الحج وهو من أهل التمتع ، وفي الثاني أدركته وهو ممنوع منه لأنه لا يزول المنع حتى يلحق بأهله . وعندهما هو متمتع في الوجهين بناء على انقضاء السفارة الأولى بلحوقه بذلك الموضع فهو كما لو لحق بأهله . وهذا وكلام الأصحاب كله على أن الخروج إلى الميقات من غير مجاوزة بمنزلة عدم الخروج من مكة لأن أهل المواقيت في حكم حاضري المسجد الحرام حتى إنه ليس لهم تمتع ولا قران ، ويحل لم دخول مكة بغير إحرام إذا لم يريدوا التمسك إلا ما ذكر الطحاوي أنه بمنزلة العود إلى الأهل . قال : لو فرغ من عمرته وحل ثم ألم بأهله أو خرج إلى ميقات نفسه ثم عاد وأحرم بحجة من الميقات وحج من عامه لا يكون متمتعا بالإجماع لأن العود إلى ميقات نفسه ملحق بالأهل من وجه . ولو خرج إلى غير ميقات نفسه ولحق بموضع لأهله المتعة اتخذ دارا أولا توطن أولا ، ثم أحرم من هناك وحج من عامه يكون متمتعا عند أبي حنيفة لعدم الإلحاق بالأهل من كل وجه : وقالوا : لا يكون متمتعا . والموعول عليه مامو المشهور (قوله لحديث عائشة رضي الله عنها) في الصحيحين عنها قالت : وخرجنا لنأري لإلا الحج ، فلما كنا بسرف حضت فدخل رسول الله صلى الله عليه وسلم وأنا أبكي فقال : مالك أنفست ؟ قلت : نعم ، قال : إن هذا أمر كرهه الله على بنات آدم : فاقضى ما يقضى الحاج غير أن لا تطوف بالبيت حتى تطهري . وأخرجنا عن جابر رضي الله عنه قال : « أقبلنا مهلين مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بمحج مفرد ، وأقبلت عائشة بعدة حتى إذا كنا بسرف عركت عائشة ، حتى إذا قربتنا طفتنا بالكعبة وبالصفا والمروة ، فأمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نحل منا من لم يكن معه حلى ، قال : قلنا حل ماذا ؟ قال : الحل كله ، فوافضنا النساء وتطيننا ولبسنا ثيابنا وليس بيننا وبين عرفة إلا أربع ليال ، ثم أحللتنا يوم التروية ثم دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم على عائشة وهي تبكي فقال لها ما شأنك ؟ قالت : شأني أني حضت وقد حل الناس ولم أحلل ولم أطف بالبيت والناس يذمبون إلى الحج الآن ، قال : إن هذا أمر كرهه الله على بنات آدم فاعتسلي ثم أجلي بالحج ، ففعلت ووقفت المواقف ، حتى إذا

تظهر لحديث عائشة حين حاضت بسرف) وهو ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم دخل عليها وهي تبكي فقال : ما يبكيك لهلك نفست ؟ فقالت : نعم ، فقال عليه الصلاة والسلام : هذا شيء كرهه الله على بنات آدم ، دعي عنك العمرة ، أو قال : ارفضي عمرتك وانقضي رأسك وامتشطي واصنعي جميع ما يصنع الحاج ، غير أن لا تطوفي بالبيت ، والاستئلال إنما هو بقوله واصنعي جميع ما يصنع الحاج ، وليس فيه ما يدل على الاغتسال ، ولكن فيما روى أبو داود في السنن بإسناده إلى عائشة قالت : « قُبِيت أساء بنت عبيس بمحمد بن أبي بكر ، فأمر النبي

ولأن الطواف في المسجد والوقوف في المفازة، وهذا الاعتقال للإحرام للصلاة فيكون مفيدا (فإن حاصت بعد الوقوف وطواف الزيارة انصرفت من مكة ولا شيء عليها لطواف الصلوة) لأنه عليه الصلاة والسلام رخص للنساء الحيض في ترك طواف الصلوة (ومن اتخذ مكة دارا فليس عليه طواف الصلوة) لأنه على من يصلي إلا إذا انحله دارا بعد ما حل التمر الأول فيما يروى عن أبي حنيفة رحمه الله، ويرويه البعض عن محمد رحمه الله، لأنه وجب عليه بدخول وقته فلا يسقط بنية الإقامة بعد ذلك، والله أعلم بالصواب.

ظهرت طائفت بالكعبة وبالصفا والمروة، ثم قال: قد حلت من حجك وعمرتك جميعا، قالت: يا رسول الله إلى أبعد في نفسي أني لم أطف بالبيت حتى حججت، قال: فاذهب بها يا عبد الرحمن فأعمرها من التعميم اهـ. وقد يتمتعك به من يكفى لما بطواف واحد وهو غير لازم، ومعنى حلت من حجك وعمرتك لا يستلزم الخروج منهما بعد قضاء فعل كل منهما، بل يجوز ثبوت الخروج من العمرة قبل إتمامها ويكون عليها قضاؤها، ألا ترى إلى قولها في الرواية الأخرى في الصحيحين «ينطلقون بحج وعمرة وأطلق بحج فأقرها على ذلك ولم يتكر عليها، وأمر أخاها أن يعمرها من التعميم» وهذا لأنها إذا لم تطف الحوض حتى وقفت برفقة صارت رافضة للعمرة، وسكوته صلى الله عليه وسلم إلى أن سأله إنما يقتضي تراخي القضاء لا علم لزومه أصلا (قوله ولأن الطواف في المسجد) يعني ولا يحل المحالض دخوله. والحاصل أن حرمة الطواف من وجهين: دخولها المسجد وترك واجب الطواف، فإن الطهارة واجبة في الطواف فلا يحل لها أن تطوف حتى تطهر، فإن طافت كانت عاصية مستحقة لعقاب الله تعالى ولزمتها الإعادة، فإن لم تعدد كان عليها بدنة وتم حجها، والله سبحانه أعلم وأحكم.

صلى الله عليه وسلم أبابكر فأمرها أن تنقل وتبل، دليل على ذلك (ولأن الطواف في المسجد) والمحالض منية عن دخوله (والوقوف في المفازة) وليست بمنية عنها، فإن قيل: لا فائدة في هذا الاعتقال لأنها لا تطهر به مع قيام الحيض: أجاب بقوله (وهذا الاعتقال للإحرام للصلاة فيكون مفيدا) للظافة، وقوله (ولا شيء) عليها لطواف الصلوة أي ترك طواف الصلوة (لأنه صلى الله عليه وسلم رخص للنساء الحيض في ترك طواف الصلوة) روت عائشة «أن صفية بنت أبي حنيفة، فقالت: قال النبي عليه الصلاة والسلام: عقرى حلقى إنك لحابستنا، أما كنت طفت يوم النحر؟ قالت بلى، قال عليه الصلاة والسلام: فلا بأس انقري» فلما ثبتت الرخصة للمحاض والتقصاء في ترك طواف الصلوة لم يجب بتركه شيء لأن الأصل أن كل نسك جاز تركه بعذر لا يجب بتركه كفارة. وعقرى وحلقى عند المحدثين فعل، ومعناه: عقر جبلها وأصابها في خلقها رجيع. وقوله (ومن اتخذ مكة دارا) ظاهر، وقوله (بعد ما حل التمر الأول) يعني اليوم الثالث من أيام النحر (لأنه وجب بدخول وقته فلا يسقط بنية الإقامة بعد ذلك) كن أصبح وهو مقيم في رمضان ثم سافر لاجل له أن يفطر، فأما إذا اتخذ مكة دارا قبل أن يحل التمر الأول فلا يجب عليه طواف الصلوة لأنه صار قديم صافر قبل أن يصبح فإنه يباح له الإفطار. وعلى قول أبي يوسف يسقط عنه طواف الصلوة إلا أن يكون عزم على الإقامة بعد ما انتصح الطواف لأن وقت الطواف باق بعد ما حل التمر الأول، وما بقي الوقت لا يصير ديننا في ذمته فيسقط بالعذر المشتر كرامة التي حاصت في وقت الصلاة يلزمها قضاء تلك الصلاة.

(باب الجنائيات)

(ولإذا تطيب المحرم فعليه الكفارة)

(باب الجنائيات)

بعد ذكر أقسام المحرمين شرع في بيان أحكام عوارض لم والمحرم الجنائية فعل محرم ، والمراد هنا خاص منه وهو ما تكون حرمة بسبب الإحرام أو المحرم (قوله وإذا تطيب) يفيد مفهوم شرطه أنه إذا شم الطيب لا كفارة عليه إذ ليس تطيبا ، بل التطيب تكلف جعل نفسه طيبا وهو أن يلصق بيده أو ثوبه طيبا وهو جسم له رائحة طيبة ، وإن عفران والبنفسج والياسمين والغالية والريحان والورد والورس والعصفر طيب . وعن أبي يوسف رحمه الله : القسط طيب . وفي الخطمي اختلافهم ، ولا فرق في المنع بين يده وإزاره وفراشه . وعن أبي يوسف رحمه الله : لا يفي المحرم أن يتوسد ثوبا مصبوغا بالزعفران ولا يتام عليه . ثم إن لم يكن على المحرم شيء بشم الطيب والرياحين لكن يكره له ذلك ، وكلما شم الثمار الطيبة كالنضاح وهي مخلقة بين الصحابة ، كرهه عمر وجابر ، وأجازته عثمان وابن عباس . ولا يحرز له أن يشد مسكا في طرف إزاره ، ولا بأس بأن يجلس في حانوت عطار . ولو دخل بيتا قد أجر فيه ، فعلى ثوبه رائحة فلا شيء عليه ، بخلاف ما لو أجره هو . قالوا إن أجر ثوبه : يعني بعد الإحرام فإن تعلق به كثير فعليه دم وإلا فصدقة ، وكان المرجع في الفرق بين الكثير والقليل العرف إن كان ، وإلا فاقبض عند المبتلى . وما في الجرد : إن كان في ثوبه شبر في شبر فكث عليه يوما يطعم نصف صاع . وإن كان أقل من يوم فقبضة ، يفيد التخصيص على أنه الشبر في الشبر داخل في القليل ، وعلى تقدير الطيب في الثوب بالزمان . ولا بأس بشم الطيب الذي تطيب به قبل إحرامه وبثاقه عليه . ولو انتقل بعد الإحرام من مكان إلى مكان من يده لا جزاء عليه اتفاقا ، إنما الخلاف فيما إذا تطيب بعد الإحرام وكثر ثم بقي عليه الطيب ، منهم من قال : ليس عليه بالبقاء جزاء ، ومنهم من قال عليه لأن ابتداءه كان محظورا فكان كله محظورا فيكون لبقائه حكم ابتداءه ، بخلاف الأول . والرواية توافق . في المتن هشام عن محمد : إذا مس طيبا كثيرا فأراق له دما ثم ترك الطيب على حاله يجب عليه تركه

(باب الجنائيات)

لما فرغ من بيان أحكام المحرمين بدأ بما يعترهم من العوارض من الجنائيات والإحصار والقوات ، وهي جمع جنائية ، والجنائية اسم لفعل محرم شرعا سواء حل بماله أو نفسه ، ولكم أعنى الفقهاء خصوصها بالفعل في النفوس والأطراف . فأما الفعل في المال فمسموه غصبا ، والمراد هنا فعل ليس للمحرم أن يفعله ، وإنما جمع لبيان أنها ههنا أنواع (قوله وإذا تطيب للمحرم) التطيب عبارة عن لصوق عين له رائحة طيبة بيد المحرم أو بعضه منه ، فلو شم طيبا ولم يلصق بيده من عينه شيء لم يجب عليه شيء ذكر أو ، لأن تطيب المحرم يوجب الكفارة لقوله صلى الله عليه وسلم : «الحاج التمت الضل» والتطيب يزيل هذه الصفة فكان جنائية لكنها تتفاوت بتفاوت محل

(باب الجنائيات)

(قوله أو بنحوه) أي قوله : فله تكرار لأن قوله بيد المحرم يعني عه ، ولما لم يذكره في قوله ولم يلصق بيده (قوله والتطيب يزيل هذه الصفة) أي قوله : فله كمال

فإن طيب عضوا كاملا فما زاد فعليه دم) وذلك مثل الرأس والساق والفتخ وما أشبه ذلك ، لأن الحناية تتكامل بتكامل الارتفاق ، وذلك في العضو الكامل فيرتب عليه كمال الموجب (وإن طيب أقل من عضو فعليه الصلقة) لتصور الحناية ، وقال محمد رحمه الله : يجب بقلره من الدم اعتبارا للجزء بالكل ، وفي المتن أنه إذا طيب ربع العضو فعليه دم اعتبارا بالحلق ، ونحن نذكر الفرق بينهما من بعد إن شاء الله . ثم واجب الدم بتأدى بالشاة في جميع المواضع إلا في موضعين نذكرهما في باب الهدى إن شاء الله تعالى ، وكل صلقة في الإحرام غير مقطرة فهي

دم آخر ، ولا يشبه هذا الذي تطيب قبل أن يحرم ثم أحرم وترك الطيب (قوله لما زاد) يفيد أنه لا فرق في وجوب الدم بين أن يطيب عضوا . قال في المبسوط : كاليد والساق وغورها ، وفي الفتاوى : كالرأس والساق والفتخ أو أزيد إلى أن يم كل البدن ، ويجمع المخرق فإن بلغ عضوا فدم ، وإلا فصدة . فإن كان قارنا فعليه كفارتان للحناية على إحرامين ، ثم إنما يجب كفارة واحدة بطيب كل البدن إذا كان في مجلس واحد ، فإن كان في مجالس فلكل طيب كفارة كثر للأول أولا عندهما . وقال محمد : عليه كفارة واحدة ما لم يكفر للأول ، وإن دأوى قرحة بنواء فيه طيب ثم خرجت قرحة أخرى فدلواها مع الأولى فليس عليه لكفارة واحدة ما لم تبرأ الأولى ، ولا فرق بين قصده وعلمه . في المبسوط : استلم الركن فأصاب يده أو فم خلوق كثير فعليه دم ، وإن كان قليلا فصدة . وهل يشترط بقاؤه عليه زمانا أولا ؟ في المتن : إبراهيم عن محمد رحمه الله : إذا أصاب الحرم طيبا فعليه دم ، فسأله عن الفرق بينه وبين ليس القميص لا يجب الدم حتى يكون أكثر اليوم قال : لأن الطيب يعلق به ، فقلت : وإن اغتسل من ساعته ؟ قال : وإن اغتسل من ساعته . وفيه هشام عن محمد : خلوق البيت والتبر إذا أصاب ثوب الحرم فحكه فلا شيء عليه وإن كان كثيرا ، وإن أصاب جسده منه كثير فعليه الدم اه . وهذا يوجب التردد . وفي الكافي للحاكم الذي هو جمع كلام محمد : إن مس طيبا فإن لرق به تصدق بصدة ، فإن لم يلزق به فلا شيء عليه إلا أن يكون مألزق به كثيرا فاحشا فعليه دم . وفي الفتاوى : لا يمس طيبا بيده وإن كان لا يقصد به التطيب . وأعلم أن عمدا قد أشار إلى اعتبار الكثرة في الطيب والقلّة في الدم والصلقة : قال في باب : إن كان كثيرا فاحشا فعليه دم ، وإن كان قليلا فصدة ، كما صرح باعتبارهما في العضو وبضمه . ووفق شيخ الإسلام وغيره بينهما بأنه إن كان كثيرا فكثير من ماء الورد وكف من الغالية وفي المسك ما يستكره الناس ففيه الدم ، وإن كان في نفسه قليلا وهو ما يستقله الناس فالعبرة بتطيب عضويه وعلمه ، فإن طيب به عضوا كاملا ففيه دم وإلا فصدة ، وإنما اعتبر الملتصق الكثرة والقلّة في نفسه ، والتوفيق هو التوفيق (قوله ونحن نذكر الفرق) أي بين حلق ريع الرأس وتطيب ريع العضو وهو ما ذكر قريبا وسنبينه عليه عند ذكره . وما في النوادر عن أبي يوسف : إن طيب شارب كره أو بقدومه من لحية فعليه دم تفريغ على ماني المتن (قوله إلا في موضعين) مواضع البنية أربعة : من طاف الطواف المفروض جنبا أو نفساء ، أو جامع بعد الوقوف برفة . لكن القلديوري اقتصر على الأول والأخير كأنه اعتمد على استعمال لزوم البنية في الحائض والتبضع بالدلالة من

الحناية ، فحصل ذلك بقوله (فإن طيب عضوا كاملا فما زاد فعليه دم) وقوله لما زاد فصل في اليين . وقوله (وذلك مثل الرأس) ظاهر ، والفاصل في الارتفاق بين الكامل والناقص العادة ، فإن العادة في استعمال الطيب لقضاء التث عضو كامل فتم به الحناية وفيها دونه في جنائبه نقصان فتكفيه الصدة . وقوله (ونحن نذكر الفرق بينهما) هو قوله ولنا أن حلق بعض الرأس ارتفاق كامل الخ . وقوله (إلا في موضعين) يعني إذا طاف طواف

نصف صاع من بر إلا ما يجب بقتل القملة والجراحة ، هكذا روى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى ، قال (فإن خضب رأسه بماء فعليه دم) لأنه طيب ، قال صلى الله عليه وسلم : « الحناء طيب » وإن صار ملبدا فعليه دمان دم التطيب ودم للتنطية ، ولو خضب رأسه بالوسمة لأشئ عليه لأنها ليست بطيب . وعن أبي يوسف رحمه الله أنه إذا خضب رأسه بالوسمة لأجل المعالجة من الصلح فعليه الجزاء باعتبار أنه يخلط رأسه وهذا صحيح . ثم ذكر محمد في الأصل رأسه وحيته ، واقتصر على ذكر الرأس في الجامع الصغير دل أن كل واحد منهما مضمون (فإن أدهن بزيت فعليه دم عند أبي حنيفة وقالوا : عليه الصلقة) وقال الشافعي رحمه الله : إذا استعمله في الشعر فعليه دم لإزالة الشعث ، وإن استعمله في غيره فلا شيء عليه لانعدامه . ولما أنه من الأطعمة إلا أن فيه ارتقايا بمعنى قتل المروم

الجنب ، إما لأن الأحداث متساوية في اللفظ ، أو لأنها أغلظ ، أو لأنها بمنعان قربان الزوج بخلاف جنابها (قوله إلا ما يجب بقتل القملة والجراحة) فإنه يتصلق بما شاء (قوله فإن خضب رأسه بماء) منونا لأنه فعال لا فعلا فينبع صرته ألف التأنيث (فعليه دم) وكلنا إذا خضبت امرأة يدها لأن له رائحة مستطلة وإن لم تكن ذكية (قال عليه الصلاة والسلام « الحناء طيب ») رواه النبي وغيره ، وفي سننه عبد الله بن طيبة ، وعزه صاحب الغاية إلى النسائي ولفظه « نهى المعتلة عن التكحل والدمن والخضاب بالحناء » وقال : الحناء طيب « وهذا إذا كان مائلا ، فإن كان شبيها فلبد الرأس فيه دمان الطيب والتنطية ، ولا يخفى أن ذلك إذا حووم يوما أو ليلة على جميع رأسه أو ربه ، وكلنا إذا خلط الوسمة (قوله وهذا صحيح) أي فينبغي أن لا يكون فيه خلاف لأن التنطية موجبة بالاتفاق غير أنها للعلاج ، فلهذا ذكر الجزاء ولم يذكر الدم . وعلى هذا فافى الجوامع : إن لبس رأسه فعليه دم ، والتلبيد أن يأخذ شيئا من الخطمي والأس والصمغ فيجعلها في أصول الشعر ليلبده . وما ذكر رشيد الدين البهروى في مناسكة من قوله : « حسن أن يلبس رأسه قبل الإحرام للتنطية مشكلا ، لأنه لا يجوز استصحاب التنطية الكائنة قبل الإحرام بخلاف التطيب . وفي سين الوسمة الإسكان والكسر : وهو نبت يصيب بورقه ، فإن لم يخلط فلا شيء عليه كالفضل بالأشنان والسر . وعن أبي حنيفة فيه صلقة لأنه يلين الشعر ويقتل المروم (قوله فإن أدهن بزيت) خصمه من بين الأدهان التي لا رائحة لها ليفيد بمفهوم القرب نفي الجزاء فيها عداها من الأدهان كالشحم والسمن ،

الزيارة جينا ، وإذا جامع بعد الوقوف بعرفة . وقوله (إلا ما يجب بقتل القملة والجراحة) يعني أن التصلق فيها غير مقدر ينصف صاع بل يتصلق بما شاء . وقوله عليه الصلاة والسلام (الحناء طيب) قاله حين نهى المعتلة أن تختضب بالحناء (وإن صار ملبدا) بأن كان الحناء جامدا غير مائع (فعليه دمان : دم التطيب ، ودم للتنطية) يعني إذا غطاه يوما إلى الليل ، فإن كان أقل من ذلك فعليه صلقة ، وكلنا إذا غطى ريع الرأس ، أما إذا كان أقل من ذلك فعليه صلقة . وقوله (باعتبار أنه يخلط رأسه) أي يغطيه ، والوسمة بكسر السين وهو أقصع وسكوته : شجرة ورقها خضاب . وقوله (وهذا) أي تأويل أبي يوسف بالتغليف (صحيح) لأن تنطية الرأس توجب الجزاء . وقوله (ثم ذكر محمد في الأصل) يعني في مسألة الحناء (رأسه وحيته) واقتصر في الجامع الصغير على ذكر الرأس خاصة وفي ذلك دلالة على أن كل واحد منهما مضمون . وقوله (وإن أدهن بزيت) يعني بزيت نخالص ، أما الملبس بغيره فيجىء ذكره (فعليه دم) إذا بلغ عضوا كائلا وكلامه ظاهر .

(قوله يعني إذا غطاه يوما إلى الليل) قول : أو لا كلاما .

ولزالة الشمت فكانت جنابة قاصرة . ولأبي حنيفة رحمه الله أنه أصل الطيب ، ولا يخلو عن نوع طيب ، ويقتل الحوام ويلين الشعر ويزيل الصفث والشمت فتتكاثر الجنابة بهذه الجملة فتوجب الدم . ، وكونه مطعوما لا ينافيه كالثغر فإن ، وهذا الخلاف في الزيت البحت والحل البحت . أما المطيب منه كالشج والزعتر وما أشبههما يجب باستعماله الدم بالاضاف . لأنه طيب ، وهذا إذا استعمله على وجه التطيب ، ولو دأب به جرحه أو شقوق رجله فلا كفارة عليه لأنه ليس بطيب في نفسه إنما هو أصل الطيب أو طيب من وجه فيشترط استعماله على وجه

ولابد على هذا من كونه عجم الزيت في الحل فإنه ذكر الحل كالزيت في الميسوط (قوله ولأى حنيفة أنه أصل العطب) ولا يخلو عن نوع طبخ ويقطل المواج (الخ) لما كان الواجب الدم عينا باعتبار أن وضع المسألة فيما إذا دهن كله أو عضوا لم يكتب بالتعليل بأنه أصل العطب إلحاقا بكسر يرض الصيد فإن الواجب فيه قيمته فاحتاج إلى جعله جزء علة في لزوم الدم ، ومن اكتفى بذلك كصاحب الميسوط فقصده الإلحاق في لزوم الدم في الجزء في الجملة إستنجاء على الشافعي فيما إذا استعمله في غير الشعر من بدنه فإنه حكى خلافا ثم أعقبه بهذا الاستدلال وفيه نظر ، فإنه ذكر وجه قول أبي حنيفة بعد حكاية قول الصحاحين في لزوم الصدقة وكول الشافعي وقال فيه : فيجب استعمال أصل العطب ما يجب باستعمال العطب ككسر يرض الصيد ، ومعنى كونه أصل العطب أنه يلقى فيه الأتوار كالورد والبنفسج فيصير نفسه طيبا (قوله وهذا الخلاف في الزيت البحت) أي الخالص (والحق البحت) هو بالمهنة الشيرج (أما العطب منه) وهو ما أتى فيه الأتوار (كالزنبق) بالنون وهو الياصمين ودهن اليان والورد (فيجب استعماله بالاتفاق الدم) إذا كان كثيرا (قوله وهذا إذا استعمله) أي الزيت الخالص أو المحل ، لما لم يكن طيبا كاملا اشترط في لزوم الدم بهما استعمالهما على وجه التطيب ، فلو أكلهما أو دوى بهما شقوق رجاءه أو أنظر في أدنيه لا يجب شيء ولما جعل المنى الكفارة ليقضى الدم والصدقة ، بخلاف المسك وما أشبهه من العنبر والغالية والكافور حيث يلزم الجزء بالاستعمال على وجه التداوى ، لكنه يتخير إذا كان لعلو بين الدم والعصوم والإطعام على ما سبق ، وكلنا إذا أكل الكثير من العطب وهو ما يلق بأكثر فله فعليه الدم وهذه تشهد بعدم اعتبار العضو مطلقا في لزوم الدم ، بل ذاك إذا لم يبلغ مبلغ الكثرة في نفسه على ما ذكرناه آنفا ، ثم الأكل الموجب أن يأكله كما هو ، فإن جعله في طعام قد طبخ كالزعفران والأفغويه من التزجيب والدارصيني يعمل في الطعام فلا شيء عليه ، فمن ابن جرير أنه كان يأكل السكباخ الأصفر وهو محرم ، وإن لم يطبخ بل خطه بما يؤكل بلا طبخ كاللح وغيره ، فإن كانت راحته موجودة كره ، ولا شيء عليه إذا كان مغلوا فإنه كالسبائك ، أما إذا كان غالبا فهو كالزعفران الخالص لأن اعتبار الغالب علماء عكس الأصول والمقول فيجب الجزاؤون أن تظهر راحته ولو خطه بمشروب وهو غالب فقيه الدم ، وإن كان مغلوا فصدقة إلا أن يشرب مرارا فدم ، فإن كان الشرب تدلوا بخير في خصال الكفارة . وفي الميسوط : فيما إذا اكتحل بكحل فيه طيب عليه صلقة إلا أن يكون كثيرا فعليه دم . وما في فتاوى قاضيخان : إن اكتحل بكحل فيه طيب مرة أو مرتين فعليه الدم ، في قول أبي حنيفة

وقوله (إنه أصل الطيب) فإن البر أو أضع تلقى فيه فيصير غالية فصار كبيض الصيد في الأصله يلزم بكسره الجزء فكلما
 باستخدامه. قوله (وهذا الخلاق في الزيت البحت) أى الخالص (وأدخل) أى دهن السم (أما الطيب منه كالبنفسج)
 وهو معروف (والزيتون) على وزن العنبر دهن الياسمين (وما أشبههما) كدهن البان والورد (فيجب باستخدامه
 الدم بالاتفاق لأنه طيب، وهذا إذا استعمله على وجه التطيب، ولو دارى به جرحه أو شقوق رجله فلا كفار عليه

الطبيب ، بخلاف ما إذا تناولى بالمسك وما أشبهه (وإن لبس ثوبا غيطا أو غطى رأسه يوما كاملا فعليه دم ،

يفيد تفسير المراد بقوله إلا أن يكون كثيرا أنه الكثرة في الفعل لا في نفس الطبيب المخاطف فلا يلزم الدم بمرة واحدة وإن كان الطبيب كثيرا في الكحل ويشعر بخلاف ، لكن ما في كافي الحاكم من قوله فإن كان فيه طيب : يعنى الكحل فليه صدقة إلا أن يكون ذلك مرارا كثيرة فعليه دم ، لم يحك فيه خلافا ، ولو كان لحكاه ظاهرا كما هو عادة محمد رحمه الله ، اللهم إلا أن يجعل موضع الخلاف ما دون الثلاث كما يفيد تصحيحه على المرة والمرة وما في الكافي المروي الكثير ، هنا فإن كان التكحل عن ضرورة تخير في الكفارة ، وكذا إذا تناولى بدواء فيه طيب فألزمه بمرحته أو شربه شربا : وفي الفتاوى : لو غسل بأشعث فيه طيب فإن كان من رآه سباه أشعثا فعليه الصدقة ، وإن سباه طيبا فعليه الدم اهـ . ولو غسل رأسه بالغطى فعليه دم عند أبي حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد : عليه الصدقة لأنه ليس طيبا لكنه يقتل الحوام . وله من نفي الطيب مطلقا بل لو رائحة وإن لم تكن ذكية فكان كالخنازير فقتل الحوام فتكامل الحنابة فيلزمه الدم . وعن أبي يوسف : ليس فيه شيء ، وأولك بما إذا غسل به بعد الزنى يوم النحر لأنه أبيع له حلق رأسه . وعنه في أخرى أن عليه صين للطبيب والتخفيف ، قيل قول أبي حنيفة في غطى العراق وله رائحة . وقولهما في غطى الشام ولا رائحة له . فلا خلاف . وقيل بل الخلاف في العراق . ولو غسل بالصنابون أو الخوض لا رواية فيه ، وقالوا لا شيء فيه لأنه ليس بطيب ولا يقتل (قوله وإن لبس ثوبا غيطا الخ) لا فرق في لزوم الدم بين ما إذا أحدث اللبس بعد الإحرام أو أحرم وهو لا يسه فدام يوما أو ليلة عليه ، بخلاف انتفاع بعد الإحرام بالطبيب السابق عليه قبله للنص فيه ولولاه لأوجبنا فيه أيضا . ولا فرق بين كونه مختارا في اللبس أو مكرها عليه أو نائما فغطى إنسان رأسه ليلة أو وجهه حتى يجب الجزاء على النائم لأن الارتفاق حصل له . وعدم الاختيار أسقط الإثم عنه لا الموجب على ما عرف بتحقيقه في مواضع . والتقييد بنوب في قوله وإن لبس ثوبا غيطا ليس بمعتبر المفهوم ، بل لو جمع اللباس كله القميص والعمامة والخفين يوما كان عليه دم واحد كالإيلاجات في الجماع لأنه ليس واحد وقع على جهة واحدة ، وعلى القارئ دمان فيما على المفرد فيه دم ، وكذا لو دام على ذلك أياما أو كان يزورها ليلا ويعاود ليسها نهارا أو يلبسها ليلا للبرد ويزورها نهارا لم يعزم على الترك عند الخلع ، فإن عزم عليه ثم لبس تعدد الجزاء وإن كان كفر للأول بالاتفاق ؛ لأنه لما كفر للأول التحق بالمعدم فيعتبر اللبس الثاني لبسا مبتدأ ، وإن لم يكن كفر للأول فعليه كفارتان عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وفي قول محمد : كفارة واحدة بناء على أنه مالم يكفر فاللبس على حاله فهو واحد ، بخلاف ما إذا كفر على ما قرنا ، وهما يقولان لما نزع على عزم الترك انقطع حكم اللبس الأول فتعين الثاني مبتدأ . فالحاصل أن النزع مع عزم الترك يوجب اختلاف اللبس عندهما وعنده التكفير . ولو لبس يوما فأراق دما ثم دام على لبسه يوما آخر كان عليه دم آخر بخلاف ، لأن الدوام على اللبس كابتدائه بدليل ما لو أحرم وهو مشتمل على

وهو ظاهر . وقوله بخلاف ما إذا تناولى بالمسك وما أشبهه (كالعنبر والكافور لأنها طيب بنفثها فيجب الدم باستعماله وإن كان على وجه التناولى . وقوله (وإن لبس ثوبا غيطا أو غطى رأسه يوما كاملا فعليه دم)

(قوله لأنها طيب بنفثها فيجب الدم بمصاحبه وإن كان على وجه التناولى) أقول : قال ابن المدام : إذا كان استعماله لم يختص بين الدم واللبس والإطعام اهـ . ونحن نقول : وهو الصحيح كما يحسن في آخر هذا الباب .

وإن كان أقل من ذلك فعليه صدقة) وعن أبي يوسف رحمه الله أنه إذا ليس أكثر من نصف يوم فعليه دم، وهو قول أبي حنيفة رحمه الله أولا . وقال الشافعي رحمه الله : يجب الدم بنقص اللبس لأن الارتفاق يتكامل بالاشتغال على بدنه . ولنا أن معنى الترفق مقصود من اللبس ، فلا بد من اعتبار المدة ليحصل على الكمال ويجب الدم ، فقد روى باليوم لأنه يلبس فيه ثم ينزع عادة وتتقاصر فيه دونه الجناية فتجب الصدقة ، غير أن أبا يوسف أقام الأكثر مقام الكل .

المحيط فلباس عليه بعد الإحرام يوما إذ عليه الدم . واعلم أن ما ذكرناه من اتحاد الجزاء إذا ليس جميع المحيط عله ما إذا لم يتعد سبب اللبس ، فإن تعدد كما إذا اضطر إلى لبس ثوب فلبس ثوبين ، فإن لبسهما على موضع الضرورة فعليه كفارة واحدة يتخير فيها . وكذلك بحر أن يضطر إلى لبس قميص فلبس قميصين أو قميصا ورجية أو اضطر إلى لبس قفلسة فلبسها مع عمامة ، وإن لبسها على موضعين موضع الضرورة وغير ما كالقفلسة مع القميص في الوجه الأول والثاني كان عليه كفارتان يتخير في إحداهما وهي ما للضرورة ، والأخرى لا يتخير فيها وهي ما لغيرها . ومن صور تعدد السبب واتحاده ما إذا كان به مثلاً حتى يحتاج إلى اللبس لها ويستغنى عنه في وقت زوالها فإن عليه كفارة واحدة وإن تعدد اللبس ما لم تزل عنه . فإن زالت وأصابه مرض آخر أو جرح غيرها وعرف ذلك فعليه كفارتان سواء كثر للأولى أو لا عندها . وعند محمد كفارة واحدة ما لم يكثر للأولى ، فإن كثر فعليه أخرى ، وكلنا إذا حصره علو فاحتاج إلى اللبس للقتال أيا ما يلبسها إذا خرج إليه وينزعها إذا رجع فعليه كفارة واحدة ما لم يلح هذا العلو ، فإن ذهب وجاء علو غيره لزمه كفارة أخرى . والأصل في جنس هذه المسائل أنه ينظر إلى اتحاد الجهة واختلافها لا إلى ضرورة اللبس كيف كانت . ولو لبس للضرورة فزالت فدام بعدلها يوما أو يومين فما دام في شك من زوال الضرورة ليس عليه إلا كفارة واحدة ، وإن يقين زوالها فاستمر كان عليه كفارة أخرى لا يتخير فيها (قوله وإن كان أقل من ذلك فعليه صدقة) في خزانة للأكمل : في ساعة نصف صاع ، وفي أقل من ساعة قبضة من بر (قوله فلا بد من اعتبار المدة ليحصل على الكمال) يتضمن منع قول الشافعي : إن الارتفاق يتكامل بالاشتغال بل مجرد الاشتغال . ثم النزاع في الحال لا يبعد الإنسان به ارتفاقا فضلا عن كماله . وقوله في وجه التقدير بيوم (لأنه يلبس فيه ثم ينزع عادة) يفيد أنه لا يقتصر على اليوم بل ليس الليلة الكامة كالبيوم بحرمان المعنى المذكور فيه ونص عليه في الأسرار وغيره (قوله غير أن أبا يوسف أقام الأكثر مقام الكل) كما اعتبره في كشف العورة في الصلاة . وعن محمد في لبس بعض اليوم قسطة من الدم كتلت اليوم

حكم الية أيضا كذلك . وقوله (ولنا أن معنى الترفق مقصود من اللبس) لأنه أجل لذلك ، قال الله تعالى - سراويل تتبركهم الجمر - وهذا المعنى قد يمتد فيكون الارتفاق كاملا ، وقد يقصر فيضير ناقصا ، فلا بد من حد فاصل بينه الكامل والتقاصر ليعين الجزاء بحسب ذلك فقلل باليوم أو الليلة (لأنه يلبس فيه ثم ينزع عادة) فإن من لبس ثوبا يليق بالنهار ينزعه بالليل . ومن لبس ثوبا يليق بالليل ينزعه بالنهار ، فإذا نزع دل على تمام الارتفاق فوجب فيه الدم . وما دون ذلك تنقاصر الجناية فيه لتقصان الارتفاق فتجب الصدقة (غير أن أبا يوسف أقام الأكثر مقام الكل) لأن المرء قد يرجع إلى بيته قبل الليل فينزع ثيابه إلى لبسها للناس . فكان اللبس في أكثر اليوم ارتفاقا مقصودا . ولكن هذا غير مضبوط فإن أحوال رجوع الناس إلى بيوتهم قبل الليل مختلفة . بعضهم يرجع في وقت الضحى ، وبعضهم قبله ، وبعضهم بعده ، فكان الظاهر هو الأول .

(قوله لأن اليوم قد يرجع إلى بيته) أقول : فيه كلام .

ولو ارتدنى بالقميص أو اتشح به أو اتزر بالسرائيل فلا بأس به لأنه لم يلبسه ليس الخيط . وكذا لو أدخل منكبيه في القباء ولم يدخل يديه في الكمين خلافاً لزره لأنه حاله ليس القباء ولهذا يتكلف في حفظه . والتقدير في تغطية الرأس من حيث الوقت ما بيناه ، ولا خلاف أنه إذا غطى جميع رأسه يوماً كاملاً يجب عليه الدم . لأنه ممنوع عنه . ولو غطى بعض رأسه فالمرى عن أبي حنيفة رحمه الله أنه اعتبر الربع اعتباراً بالخلق والعورة ، وهذا لأن ستر البعض استمتاع مقصود يعتاده بعض الناس ، وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يعتبر أكثر الرأس اعتباراً للحقيقة

فيه ثلث الدم وفي نصفه نصفه ، وعلى هذا الاعتبار يجري (قوله لأنه لم يلبسه ليس الخيط) ليس الخيط أن يحصل بواسطة الخياطة اشتغال على البدن واستمساك ، فأيهما اتقى اتقى ليس الخيط ، ولذا قلنا فيما لو أدخل منكبيه في القباء دون أن يدخل يديه في الكمين أنه لا شيء عليه . وكذا إذا لبس الطيلسان من غير أن يزره عليه لعدم الاستمساك بنفسه فإن زر القباء أو الطيلسان يؤمر به دم لحصول الاستمساك بالزر مع الاشتغال بالخياطة ، بخلاف ما لو عقد الرداء أو شد الإزار بمجل يوماً كره له ذلك للشبه بالخيط ولا شيء عليه لانتهاء الاشتغال بواسطة الخياطة . وفي إدخال المنكين القباء خلاف زفر . ولا بأس أن يقتضى السراويل إلى موضع التكة فيأترز به وأن يلبس المكعب الذي لا يبلغ الكتف إذا كان في وسط القدم ، لأن الحاصل حينئذ هو الحاصل من قطع الخفين أسفل من الكمين ، وقد ورد النص بإطلاق ذلك ، بخلاف الجورب فإنه كالحف فلبسه يوماً موجب للدم (قوله ولو غطى بعض رأسه فالمرى عن أبي حنيفة اعتبار الربع) إن بلغ قدر الربع فدام يوماً لزمه دم (اعتباراً بالخلق والعورة) حيث يلزم الدم بمحق ربع الرأس أو اللحية وفساد الصلاة بكشف ربع العورة . وقوله (وهذا لأن ستر البعض استمتاع مقصود يعتاده بعض الناس) يصلح إلباء الجامع : أي العلة التي بها وجب في حلق الربع الدم وهي الارتفاق به على وجه الكمال وإن كان هناك أكل منه ثابتة في تغطية البعض ولذا يعتاده بعض الناس ، وإنما يعتاده تحصيل الارتفاق وإلا كان عبثاً ، وإن كان الجامع هذا فلا يصح اعتبار العورة أصلاً لانتهاء هذا الجامع ، إذ ليس فساد الصلاة بانكشاف الربع لذلك بل لعدته كثيراً عرفاً وليس الموجب هذا هنا ، ألا ترى أن أبا حنيفة لم يقل بإقامة الأكثر مقام الكل في اليوم أو الليلة الواقع فيهما التغطية واللبس ، لأن النظر هنا ليس لإثبات الارتفاق كاملاً وعدمه ، وكذا إذا غطى ربع وجهه أو غطت المرأة ربع وجهها (قوله وعن أبي يوسف أنه يعتبر أكثر الرأس اعتباراً للحقيقة) ولم يذكر لعمد قولاً . ونقل في المباحث عن نوح ابن سباع عن محمد رحمه الله .

وقوله (ولو ارتدنى بالقميص أو اتشح به) الاتشح هو أن يدخل ثوبه تحت يده اليمنى ويلقيه على منكبه الأيسر . وقوله (خلافاً لزره) هو يقول القباء مخيط ، فإذا أدخل فيه منكبيه صار لباساً للمخيط ، فإن القباء بلبس هكذا عادة . وقلنا : ما لبس . ليس القباء لأن العادة في ذلك الضم إلى نفسه بإدخال المنكين واليدين لأنه مأخوذ من القبو وهو انهم ولم يوجد (ولهذا يتكلف في حفظه) وعلى هذا لوزره ولم يدخل يديه في الكمين كان لباساً لأنه لا يتكلف إذ ذاك في حفظه وإنما أعاد قوله (والتقدير في تغطية الرأس) ليعني عليه القروع . وقوله (ما بيناه) هو ما قاله أو غطى رأسه يوماً كاملاً . وقوله (ولا خلاف أنه إذا غطى جميع رأسه) ظاهر ، وقوله (يعتاده بعض الناس) كالإتراك والأكراد فإنهم يغطون رؤسهم بالقلاص الصغار ويعدون ذلك رفقا كاملاً (وعن أبي يوسف أنه يعتبر أكثر الرأس اعتباراً للحقيقة)

(قال المصنف : لأنه لم يلبس ليس الخيط) أقول : ليس الخيط أن يحصل بواسطة الخياطة اشتغال على البدن واستمساك فأيهما اتقى اتقى ليس الخيط (قوله يعتاده بعض الناس كالإتراك والأكراد فإنهم يغطون رؤسهم بالقلاص الصغار ويعدون ذلك رفقا كاملاً) أقول : فيه كلام .

(ولذا خلق ربيع رأسه أو ربيع لحيته فصاعدا فعليه دم، فإن كان أقل من الربيع فعليه صدقة) وقال مالك رحمه الله: لا يجب إلا بخلق الكل. وقال الشافعي رحمه الله يجب بخلق القليل اعتبارا بنبات الحرم. ولنا أن خلق بعض الرأس ارتفاق كامل لأنه معتاد فتكامل به الجنابة وتتقاصر فيها دونه بخلاف تطيب ربيع العضو لأنه غير مقصود، وكذا خلق بعض اللحية معتاد بالعراق وأرض العرب

عين هذا القول، ولم يخلق خلافا في الأصل. وهذا القول أوجه في النظر لأن المعتبر الارتفاق الكامل، واعتباد تغطية البعض دليل على تحصيله به، لكن ذلك البعض المعتاد ليس هو الربيع، فإن ما يقعله من تعلم من اليونانيين الذين يلبسون السروج يشدونه تحت الحنك تغطية البعض الذي هو الأكثر، فإن البادئ منهم هو الناصية ليس غير، ولعل تغطية مجرد الربيع فقط على وجه يستمسك مما لم يتحقق إلا أن يكون نحو جبيرة تشد. ويحفظ ظهر أن ماعينه جامعا في الخلق غير صحيح لأن العلة في الأصل حصول الارتفاق كاملا بخلق الربيع بدليل قصد إليه على وجه العادة، والثابت في الفرع الاعتداء بتغطية البعض الذي هو الأكثر لا الأقل، وهو الدليل على الارتفاق به فلم يتحد في الأصل والفرع، ولذا لم يمين المصنف رحمه الله في الفرع سوى مطلق البعض، فإن غنى به الربيع متعنا وجوده في الفرع. ومن فروع اعتبار الربيع ما لو عصب الحرم رأسه بعصابة أو وجهه يوما أولية فعليه صدقة، إلا أن يأخذ قدر الربيع. ولو عصب موضعاً آخر من جسده لاشئ عليه وإن كثر، لكنه يكره من غير حلز كقصد الإزار وتحليل الرداء لشبه الخيط، بخلاف ليس المرأة اقتضين لأن ما أن تستر بدننا بمخيط وغيره فلم يكره ما. ولا بأس أن يغطي أذنيه وقناه ومن لحيته ما هو أسفل من اللعن بخلاف فيه وعارضه ودفعه. ولا بأس أن يضع يده على آفته دون ثوب. وعلى القارن في جميع ما تقدم أن فيه دما أو صدقة دمان أو صدقتان لما سذكر (قوله ولنا أن خلق بعض الرأس الخ) هذا هو الفرق الموعود بين خلق الربيع وتطيب الربيع، وقوله لأنه معتاد صريح في أن الحكم يحصل كال الارتفاق بذلك البعض مستل عليه بالقصد إليه على وجه الاعتداء، وقلمنا ما يغني فيه، وعن يفعله بعض الأتراك والعلوية فإنهم يحقون نواصهم فقط، وكذا خلق بعض اللحية معتاد بأرض العراق والعرب وبعض أهل المغرب، إلا أن في هذا احتمال أن فعلهم للراحة أو الزينة فتعتبر فيه الكفارة احتياطاً لأن هذه الكفارة مما يحتاط في إثباتها بدليل لزومها مع الأعلار. وقوله لأنه غير مقصود، يعني العادة أن كل من مس طيباً لقصد التطيب كاه ورد أو طيب عجم به يديه مسحاً بل ويمسح بفضله وجهه أيضاً، بخلاف الإقتصار على بعضه فإنما يكون غالباً عند قصد مجرد إمسكه للحفظ أو للملافة من غير قصد أو لغاية القلة في الطيب نفسه فتقاصر الجنابة فيها دون العضو فتجب الصدقة. ثم ما ذكر من أن في خلق ربيع الرأس أو اللحية دما من غير خلاف موافق لعامة الكتب وهو المصحح لا ما في جانبى خمس الأئمة وقاضيان أن على قولهما في الجميع الدم وفي

أى لحقيقة الكثرة، إذ حقيقتها إنما تثبت إذا قابلها أقل منها والربع والثلث كثير حكماً لا حقيقة. وقوله (ولذا خلق ربيع رأسه) ظاهر (وقال مالك: لا يجب إلا بخلق الكل) محلاً بظاهر قوله تعالى: ولا تحلقوا رءوسكم. فإن الرأس اسم للكل (وقال الشافعي: يجب بخلق القليل) وهو ثلاث شعرات، وعلق الحكم باسم الجنس والحكم المعلق باسم الجنس يتأذى بأدنى ما ينطلق عليه الاسم كما في نبات الحرم (ولنا أن خلق بعض الرأس ارتفاق كامل لأنه معتاد) فإن الأتراك يفعلون أو ساط رءوسهم وبعض العلوية يحلقون نواصهم لا ابتغاء الراحة والزينة، والارتفاق الكامل تتكامل به الجنابة كما تقدم (وتتقاصر فيها دونه) وفي قوله فتكامل به الجنابة إشارة إلى دفع قول مالك

(وإن خلق الرقبة كلها فعليه دم) لأنه عضو مقصود بالخلق (وإن خلق الإبطين أو أحدهما فعليه دم) لأن كل واحد منهما مقصود بالخلق لدفع الأذى ونيل الراحة فأشبهه العانة . ذكر في الإبطين الخلق ههنا وفي الأصل التنف وهو السنة (وقال أبو يوسف ومحمد) رحمهما الله (إذا خلق عضوا فعليه دم ، وإن كان أقل قطعا)

الأكل منه الطعام . وعن أبي يوسف أن في خلق الأكثر الدم . وعن محمد رحمه الله : يجب الدم بخلق العشر لأنه يقدر به الأشياء الشرعية فيقام مقام الكل احتياطا . هذا غلو كان أصله على ناصيته أقل من ربع شعرها فلما فيه ضيقة : وكذا لو خلق كل رأسه وما عليه أقل من ربع شعره ، وإن كان عليه قدر ربع شعره لو كان شعر رأسه كاملا ففيه دم ، وعلى هذا يحىء مثله فيمن بلغت لحيته الغاية في الخفة . وفي المرفئتين : خلق رأسه وأراق دما ثم خلق لحيته وهو في مقام واحد فعليه دم آخر ، ولو خلق رأسه ولحيته وإبطيه وكل بدن في مجلس واحد قدم واحد ، وإن اختلفت المجالس فلكل مجلس موجب جنابته فيه عندها . وعند محمد دم واحد وإن اختلفت المجالس مالم يكفر للأكل ، وتقدم في الطيب مثله . اعتبره بما لو خلق في مجلس ربع رأسه وفي آخر ربعا آخر حتى أتمها في أربعة مجالس يلزمه دم واحد اتفاقا مالم يكفر للأكل . والفرق لهما أن هذه جنابة واحدة وإن تعددت المجالس لاتحاد عملها وهو الرأس . ههنا فأما ما في مناسك القارص من قوله وما سقط من شعرات رأسه ولحيته عند الخوض لزمه كف من طعام إلا أن تريد على ثلاث شعرات ، فلأن بلغ عشرين لزمه دم . وكذا إذا خبز فاحترق ذلك غير صحيح لما علمت من أن القدر الذي يجب فيه الدم هو الربع من كل منهما . ثم في الثلاث كف من طعام عن محمد ، وهو خلاف ما في فتاوى قاضيه خان قال : وإن تنف من رأسه أو ألقه أو لحيته شعرات ففي كل شعرة كف من طعام ، وفي خزانة الأكل في خصلة نصف صاع (قوله لأنها عضو مقصود بالخلق) يفعل ذلك كثير من الناس للراحة والزينة (قوله وإن خلق الإبطين أو أحدهما فعليه دم) المعروف هذا الإطلاق . وفي فتاوى قاضيه خان في الإبط إن كان كثير الشعر يعتبر فيه الربع لوجوب الدم وإلا فالأكثر (قوله وقال أبو يوسف ومحمد) تخصيص قوله لئلا

فإنه قال بخلق كل الرأس تتكامل الجنابة ، فأشار إلى أن الجنابة تتكامل ببعض أيضا . وفي قوله وتقتصر فيها دونه إشارة إلى نفي قول الشافعي رحمه الله إنه يجب الجزاء بالقليل ، فأشار إلى أن الجنابة في القليل قاصرة فكيف توجب الدم . وأما خلق اللحية فهو متعارف ، فإن الأكاسرة كانوا يخلقون لحى شجعانهم ، وكذلك الأخد من اللحية . مقدار الربع وما يشبهه متعارف بالعراق وأرض العرب ، فكان مقصودا بالاتفاق كخلق الرأس فالحق به احتياطا لإيجاب الكفارة في المناسك فإنها مبنية على الاحتياط حتى وجبت بالأعذار ، بخلاف تطيب ربع العضو لأنه غير مقصود ، إذ العادة في الطيب ليست في الاقتصاد على الربع فكان العضو الكامل في الطيب كالربع في الخلق في حق الكفارة (وإن خلق الرقبة كلها فعليه دم) لأنه عضو مقصود بالخلق (وإن خلق الإبطين أو أحدهما فعليه دم ، لأن كل واحد منهما مقصود بالخلق لدفع الأذى ونيل الراحة فأشبهه العانة) قيل إذا كان كل واحد من الإبطين مقصودا بالخلق وجب أن يجب بمحققهما دناء . وأوجب بأن جنابات المهرم إذا كانت من نوع واحد يجب فيها ضمان واحد ، ألا ترى أنه إذا أزال شعر جميع بدنه بالتتور لم يلزمه إلا دم واحد (ذكر في الإبطين الخلق ههنا) يعني في الجامع الصغير (وفي الأصل) أي المتوسط (التنف وهو السنة) بخلاف العانة ، فإن السنة فيها الخلق لما جاء في الحديث «عشر من البقرة» منها الاستحذاء وتسميره خلق العانة بالحديد (وقال أبو يوسف ومحمد : إذا خلق عضوا فعليه دم) قيل : قولهما بيان لقول أبي حنيفة رحمه الله لأنه خالفهما في ذلك ، وإنما خصا بالذكور

أراد به الصدر والساق وما أشبه ذلك ، لأنه مقصود بطريق التتوّر فتكامل بحلق كله وتتفاخر عند خلق بعضه (وإن أخذ من شاربيه فعليه) طعام (حكومة عدل) ومعناه أنه ينظر أن هذا المأخوذ كم يكون من ريع اللحية

خلاف أبي حنيفة بل لأن الرواية في ذلك محفوفة عنهما . وقوله أراد به الساق والصدر وما أشبه ذلك تفسير المراد بما هو أنقص من مؤدى القفل ليخرج بذلك الرأس واللحية فإن في الريع من كل منهما الدم ، بخلاف هذه الأعضاء والفرق العادة ، ثم جعله الصدر والساق مقصودين بالخلق موافق للجامع فخر الإسلام بخالف لما في الميسوط ففيه متى خلق عضوا مقصودا بالخلق فعليه دم ، وإن خلق مالميس بمقصود فصدقة ، ثم قال : وما ليس بمقصود خلق شعر الصدر والساق ، وما هو مقصود خلق الرأس والإبطين وهذا أوجه . وقوله لأنه مقصود بطريق التتوّر مدفوع بأن القصد إلى خلقهما إنما هو في ضمن غيرها إذ ليست العادة تنوير الساق وحده بل تنوير المجموع من الصلب إلى القدم فكان بعض المقصود بالخلق . ثم كثيرا ما يعتادون تنوير القفل مع ما فوقه دون الساق وقد يقتصر على العانة أو مع الصلب ، وإنما يفضل هذا للحاجة ، أما الساق وحده فلا خلق أن يجب في كل منهما الصدقة . واعلم أنه يجمع المتفرق في الخلق كما في الطيب (قوله فإن أخذ من شاربيه) أو أخذ كله أو خلقه (فعليه) طعام هو حكومة عدل) بأن ينظر إلى المأخوذ مانسبته من ريع اللحية فيجب بحسبه ، فإن كان مثل ريع ربعها لزمه قيمة ريع الشاة أو ثمنها فتمنيتها وهكذا ، وفي الميسوط خلاف هذا قال : ولم يذكر في الكتاب ما إذا خلق شاربيه ، وإنما ذكر إذا أخذ من شاربيه فعليه الصدقة ، فمن أصحابنا من يقول : إذا خلق شاربيه يلزمه الدم لأنه مقصود بالخلق تفعله الصوفية وغيرهم ، والأصح أنه لا يلزمه الدم لأنه طرف من اللحية وهو مع اللحية كمضرب واحد ، وإذا كان الكل عضوا واحدا لا يجب بما دون الريع منه الدم والشارب دون الريع من اللحية فتكفيه الصدقة في خلقه اهـ . وما في الهداية إنما يظهر تنزيهه على قول محمد في تطيب بعض العضو حيث قال : يجب بقتله من الدم ، أما على ما عرف من جادة ظاهر الملعب وهو أن مالم يجب فيه الدم يجب فيه الصدقة فمقترة بنصف صاع إلا فيها يستثنى فلا ، ثم على تقدير التزويج على قول محمد فالواجب أن ينظر إلى نسبة المأخوذ من

لأن الرواية محفوفة عنهما ، وقوله (أراد به) أى بقوله عضوا (الصدر والساق وما أشبه ذلك) مثل القفل والعضد . فإن قيل : الجناية بالخلق إنما تكامل إذا كان العضو مقصودا بالخلق وما ذكرتم ليس كذلك . قلت : هذا اللع ذكرت هو ما ذكر في الميسوط . قال بعد ما ذكر خلق الرأس : ثم الأصل بعد هذا أنه متى خلق عضوا مقصودا بالخلق من يذنه قبل أو أن التحلل فعليه دم ، وإن خلق مالميس بمقصود فعليه صدقة ، ثم قال : وما ليس بمقصود خلق شعر الصدر والساق ، ولكن المصنف ذكر ما هو موافق لرواية الجامع الصغير لفخر الإسلام نظرا إلى أنه مقصود بالتتوّر : أى لإزالته بالنورة ، ولا فرق عند الأئمة الأربعة في إزالة الشعر بين الخلق والتنف والتتوّر فكانت الجناية بحلق كله كاملة وبحلق بعضه قاصرة . وقوله (وإن أخذ من شاربيه) ظاهر . وقيل الشارب عضو مقصود بالخلق ، فإن من عادة بعض الناس خلق الشارب دون اللحية ، فكان الواجب تكامل الجناية بخلق

(قال المصنف : أراد به الصدر والساق) أقول : تفسير المراد بما هو أنقص من مؤدى القفل ليخرج بذلك الرأس واللحية فإن في الريع من كل منهما الدم بخلاف هذه الأعضاء والفرق العادة ، ثم جعله الصدر والساق مقصودين بالخلق موافق للجامع فخر الإسلام بخالف لما في الميسوط ، ففيه متى خلق عضوا مقصودا بالخلق فعليه دم ، وإن خلق مالميس بمقصود فصدقة .

فيجب عليه الطعام بحسب ذلك، حتى لو كان مثلاً مثل ربع الربع تلزمه قيمة ربع الشاة، ولقطة الأخذ من الشارب تدل على أنه هو السنة فيه دون الحلق، والسنة أن يقص حتى يوازى الإطار. قال (وإن حلق موضع الحاجم فعليه دم عند أبي حنيفة) رحمه الله (وقالوا : عليه صدقة) لأنه إنما يحلق لأجل الحجامة وهي ليست من المخطورات فكلاما ما يكون وسيلة إليها ، إلا أن فيه لإزالة شيء من التفت فتجب الصدقة . ولأبي حنيفة رحمه الله أن حلقه مقصود لأنه لا يتوصل إلى المقصود إلا به ،

ربع اللحية معتبرا معها الشارب كما يفعله ما في المبسوط من كون الشارب طرفا من اللحية هو معها عضو واحد لا أنه ينسب إلى ربع اللحية غير معتبر الشارب معها ، فعلى هذا إنما يجب ربع قيمة الشاة إذا بلغ المأخوذ من الشارب ربع المجموع من اللحية مع الشارب لا دونه ، وإذا أخذ المحرم من شارب حلال أطعم ما شاء (قوله ولقطة الأخذ تدل على أنه هو السنة فيه دون الحلق) يشير إلى خلاف ما ذكر الطحاوى في شرح الآثار حيث قال : القص حسن ، وتفسيره أن يقص حتى ينتقص عن الإطار وهو يكسر الهزرة ملتقى الجلدة واللحم من الشفة ، وكلام المصنف على أن يخافيه . ثم قال الطحاوى : والحلق أحسن ، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد والمذهب عند بعض المتأخرين من مشايخنا أن السنة القص اهـ . فالمصنف إن حكم بكون المذهب القص أخلا من لفظ الأخذ في الجامع الصغير فهو أعم من الحلق لأن الحلق أخذ ، والذي ليس أخلا هو التنف ، فإن ادعى أنه المتبادر لكثرة استعماله فيه متعناه ، وإن سلم فليس المقصود في الجامع هنا بيان أن السنة هو القص أولا بل بيان ما في إزالة الشعر على المحرم ، ألا ترى أنه ذكر في الإيضاح الحلق ولم يذكر كون المذهب فيه استئان الحلق ، فلم أن المقصود ذكر ما يفيد الإزالة بأي طريق حصلت لتعيين حكمه ، وأما الحديث وهو قوله عليه الصلاة والسلام « خمس من القطرة : الحتان ، والاستحداد ، وقص الشارب ، وتقليم الأنف ، وتنف الآباط » فلا ينافي ما يريده بلفظ الحلق ، فإن المراد منه المبالغة في الاستئصال عملا بقوله عليه الصلاة والسلام في الصحيحين « أخفوا الشارب » وهو المبالغة في القطع ، وبأي شيء حصل حصل المقصود غير أنه بالحلق بالموسى أيسر منه بالمقصبة ، وقد يكون المقصبة أيضا مثله ، وذلك بخلاف ما يضع للشارب فقط . فقول الطحاوى : الحلق أحسن من القص يريد القص الذى لم يبلغ ذلك المبلغ في المبالغة ، فإن عند أهل الصناعة قصا يسمونه قص حلاقة (قوله لأنه لا يتوصل إلى المقصود إلا به) يفيد أنه إذا لم ترتب الحجامة على حلق موضع الحاجم لا يجب الدم لأنه أفاد أن كونه مقصودا إنما هو للتوصل به إلى الحجامة ، فإذا لم تعقبه الحجامة لم يقع وسيلة فلم يكن مقصودا فلا يجب إلا الصدقة . وعبرة

وأجيب بأنه مع اللحية في الحقيقة عضو واحد لا اتصال البعض ببعض فلا يحل في حكم أعضاء متفرقة كالرأس : فإن من العلوية من عاداته خلق مقدم الرأس وذلك لا يدل على أن كله ليس بمضو واحد ، وقوله (تدل على أنه هو السنة فيه دون الحلق) هو المذهب عند بعض المتأخرين من مشايخنا لما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال « عشرة من فطري وفطرة إبراهيم خليل الرحمن وذكر من جعلها قص الشارب » . وقوله (حتى يوازى الإطار) قال في المغرب : إطار الشفة ملتقى جلدها ولحمها مستعار من إطار المخمل والدف . قال (وإن حلق موضع الحاجم فعليه دم) المراد بالحاجم هنا جمع محجم اسم آلة من الحجامة ببليلى ذكر اسم الموضع فلا يصح أن يكون جمع محجم ينتج الم اسم موضع من الحجامة ، ودليلهما ظاهر . وأما دليل أبي حنيفة ففيه اشتباه لأنه جعل حلقه مقصودا ووسيلة وهما متنافيان ، وأجيب بأنه لم يقل بأن حلقه مقصود لذاته بل قال مقصودا ، وما لا يتم المقصود

وقد وجد إزالة التث من عضو كامل فيجب الدم (وإن حلق رأس محرم بأمره أو بغير أمره فعلى الخالق الصدقة وعلى المخلوق دم) وقال الشافعي رحمه الله : لا يجب إن كان بغير أمره بأن كان نائماً لأن من أصله أن الإكراه يخرج المكره من أن يكون موافقاً بحكم القفل والنوم أبلغ منه . وعندنا بسبب النوم والإكراه ينتفى المأثم دون الحكم وقد تقرر سببه ، وهو ما نال من الراحة والزينة

شرح الكنز واضحه في ذلك حيث قال في دليلهما : ولأنه قليل فلا يوجب الدم ، كما إذا حلقه لغير الحجامة ، وفي دليله أن حلقه لمن يحتاج بمقصود وهو المعتبر بخلاف الحلق لغيرها ، فظهر لك أن التركيب الضالاح في وجه قولهما عبارة شرح الكنز ، بخلاف تركيب الكتاب حيث قال : الحجامة ليست بمحظورة ، فكذلك ما يكون وسيلة إليها فإنه يفيد نفي حظر هذا الحلق للحجامة إذ لا تفعل الحجامة إلا للحاجة إلى تنقيص الدم فلا يكون الحلق محظوراً ، ولازم هذا ليس إلا عدم وجوب الصدقة عينا بل بتغير بين ذلك والصوم ، وليس المقصود هذا بل لزوم الصدقة عينا بمعنى عدم دخول الدم في كفارة هذا الحلق خلافاً لأبي حنيفة . وعدم الحظر لا يستلزمه . وقوله في وجه قول أبي حنيفة رحمه الله (وقد وجد إزالة التث عن عضو كامل) يريد أن هذا الموضع في حق الحجامة كامل (قوله وإن حلق رأس محرم) التفاعل ضمير المحرم لأن الضمائر في الأفعال كلها مثل فلان نخضب رأسه بالخناء ، فإن ادّاهن يزيه وإن لبس ثوباً غليظاً أو غطى رأسه للمحرم بعد ما صرح به في أول الباب إذ قال إذا تطيب المحرم ولهذا قال بعده وكذا إذا كان الخالق حلالاً لا يختلف الجواب في المخلوق رأسه ، إلا أن تعيين المخلوق رأسه بنى اختلاف الجواب غير مفيد . والحاصل أنه إما أن يكونا محرمين أو حلالين ، أو الخالق محرم والمخلوق رأسه حلالاً أو قلبه ، وفي كل الصور على الخالق صدقة إلا أن يكونا حلالين وعلى المخلوق دم إلا أن يكون حلالاً ولا يتغير فيه وإن كان بغير إرادته بأن يكون مكرهاً أو نائماً لأنه عذر من جهة العباد ، بخلاف المضطر فإذا حلق الحلال رأس محرم فقد باشر قطع ما استحق الأمن بالإحرام ، إذ لا فرق بين لا تحلقوا حتى تحلقوا وبين لا تضربوا شجر الحرم ، فإذا استحق الشجر نفسه الأمن من هذه العبارة استحق الشعر أيضاً الأمن فيجب بتقويته الكفارة بالصدقة ، وإذا حلق المحرم رأس حلال فالارتفاق الحاصل له برفع ثقت غيره ، إذ لا شك في تأذي الإنسان بنثث غيره يحمله من رأى نازر الرأس شعنها وسخ الثوب تغل الرائحة ، وما من غسل الجمعة بل ما كان واجباً إلا لذلك التأذي إلا أنه دون التأذي بنثث نفسه فقصرت الجناية فوجبت الصدقة . والمصنف أجرى الوجه الأول في هذا ، وقد يمنع بأن استحقاق الشعر الأمن إنما هو بالنسبة إلى من قام به الإحرام حائفاً أو محلقاً ، فإن خطاباً لا تحلقوا للمحرمين قلنا خصصنا به الأول . بقى أن المحرم إذا حلق رأس المحرم اجتمع فيه تقويت الأمن المستحق ، والارتفاق بإزالة

لذاته إلا به فهو مقصود ، وإن كان لغيره فلا تنافي بينهما . بقى الكلام في أن المراد بالمقصود أم من أن يكون لذاته أو لغيره . وقوله (عن عضو كامل) يعني أن هذا الموضع في حق الحجامة عضو كامل . قوله (وإن حلق) يعني المحرم (رأس محرم بأمره أو بغير أمره) الخالق والمخلوق رأسه إما أن يكون حلالين أو محرمين ، أو الخالق حلال والمخلوق محرم أو بالعكس من ذلك ؛ فالأول لا كلام فيه ، والثاني على الخالق فيه صدقة سواء حلق بأمر المخلوق أو بغير أمره ، خلافاً للشافعي فيها فإنه يقول : لا شيء على الخالق مطلقاً لأن الموجب هو الارتفاق ، وهو لا يستحق بخلق شعر غيره ، ولا على المخلوق (إذا كان بغير أمره بأن كان نائماً لأن من أصله أن الإكراه يخرج المكره من الموافقة بحكم القفل والنوم أبلغ منه) لأن القصد يفسد بالإكراه ويتعلم بالنوم . وقلنا في الخالق : إن إزالة ما ينمو

فيأزمه الدم حتماً ، بخلاف المضطر حيث يتخير. لأن الآفة هناك مساوية وههنا من العباد ، ثم لا يرجع المخلوق رأسه على الخالق ، لأن الدم

تفت غيره ، وقد كان كل منهما بافتراده موجبا للصدقة ، فرمى يقال تتكامل الجنابة بهذا الاجتماع فقطضي وجوب الدم على الخالق كما قال أبو حنيفة في الادهان بالزيت البتحت حيث أوجب الدم لاجتماع أمور لو انفرد كل منها لم يوجبه كتليين الشعر وأصالته للطيب وقتل الهوام فتكاملت الجنابة بهذه الجملة فوجب الدم . وتقرير الخلاف مع الشافعي ظاهر من الكتاب ، فبني علم الزام الحرم شيئا إذا كان غير مختار ما تقدم غير مرة في الصلاة والصوم من أن عدمه يسقط الحكم عنده وعندنا لا . ومبنى عدمه عنده على الخالق مطلقا عدم الموجب ، أما إن كان حلالا فلا أن الخلق غير محرم عليه ، وإن كان محرما فذلك لأن الارتفاق لم يحصل له وهو الموجب عليه . فإن قيل : قد باشر أمرا محظورا وهو إعانة المخلوق المحرم على المعصية إن كان باختياره وبغير اختياره أولى . قلنا : المعاصي إنما هي أسباب لعقوبة الإحلال ، وليس كل معصية توجب جزاء في أحكام الدنيا إلا بالنص وهو متنفذ في الخالق فنقول : أما الحلال فالحقناه بقاطع شجر الحرم بمجامع تقويت أمن مستحق مستعقب للجزاء . والواجب اتباع الدليل لا بغيره كونه نصا . وأما الحرم فلا أن الموت للجزاء في حقه هو نيل الارتفاق بقضاء التفت ، فإن كان على وجه الكمال كان الجزاء دبا وإلا فصلقة . وقيد الإضافة إلى نفسه ملغى إذ لم يثبت اعتباره وعقلية استقلال ماسواه ثابتة . والحاصل أن نفسه محل والحق لا يدخل في التعليل وإلا امتنع القياس ، فالأصل إلغاء المحال إلا أن يدل على قصد تخصيص الحكم به دليل لامر له ، خصوصا إذا لم يتوقف عليه مناسبة المناسب فيتعلى من نفسه إلى غيره إذا وجد فيه تمام الموت وقصورها ردّها إلى الصدقة . وقد يقال : مباشرة الفعل الذي به قضاء التفت إن كان جزء العلة ولو حكما بأن يأذن المحرم في حلق رأسه لزم عدم الجزاء على التأمم بمقتضى رأسه وإلا لزم الجزاء إذا نظر إلى ذي زينة مقتضى التفت ، فإن اختير الثاني وادعى أن الارتفاق لا يحصل بمجرد رؤية كما قلنا بنى الجزاء في مجرد اللبس لذلك عكره ما لو فرض طولها يوما مع عبادته وصبرته واستنشاق طيبه ، ولو كان إلى شيء أقلت باختيار الأول ونفى الجزاء عن التأمم والمكره ، ولا يلزمي هنا في كل موضع كالبصلاة وغيرها لأن الفساد فيها مثلا على مجرد وجود الكلام مثلا ، وههنا قد فرض تعليق الجزاء بالارتفاق الكائن عن مباشرة السبب ولو حكما

من بدن الإنسان من محظورات الإحرام لاستحقاقه الأمان بمنزلة نبات الحرم ، وتتاول محظورات الإحرام يوجب الجزاء سواء كان في بدنه أو في غير بدنه كما في نبات الحرم فلا يفرق المحال بين شعره وشعر غيره ، إلا أن الجنابة في شعره مكاملة فيزيمه الدم وفي غيره الصدقة ، وفي المخلوق رأسه تقرر السبب وهو نيل الراحة والزينة وذلك يوجب الدم والنوم والإكراه لا يصلحان مانعين لأن المأثم ينتفى بهما دون الحكم . قيل : ذكر المصنف ههنا أن يخلق الشعر تحصل الزينة فتجب الكفارة ، وذكر في النبات من هذا الكتاب أن في شعر الرأس اللدية لأنه يفوت به منعمة الجمال وذلك تناقض لأن الجمال هو الزينة . وأجيب بأنه جمال من حيث الحلقة ولهذا يتكلف عادمه في ستره ، ويحصل بلحمه زينة لإزالة الشعث والتخل ، وإذا انحطفت الجهة زال التناقض ، وقوله (بخلاف المضطر) متصل بقوله حتماً : أي بخلاف المحرم المضطر إلى حلق رأسه ، فإنه إذا حلقه يتخير إن شاء ذبح وإن شاء تصدق على ستة مساكين وإن شاء صام ثلاثة أيام (لأن الآفة هناك مساوية ، وفي صورة النزاع من العباد ثم المخلوق رأسه لا يرجع على الخالق بما يوجب عليه من الدم) وقال بعض العلماء : يرجع لأنه هو الذي أوقعه

إنما لزمه بما نال من الراحة فصار كالمنزوع في حق العقر، وكلنا إذا كان الحائض حلالا لا يختلف الجواب في حق المخلوق رأسه، وأما الحائض تلزمه الصلوة في مسألتنا في الوجهين. وقال الشافعي رحمه الله: لا شيء عليه وعلى هذا الخلاف إذا حلق المحرم رأسه حلال. له أن معنى الارتفاق لا يتحقق بحلق شعر غيره وهو الموجب. ولنا أن إزالة ما ينمو من بدن الإنسان من محظورات الإحرام لاستحقاقه الأمان بمنزلة نبات الحرم فلا يفتقر الحال بين شعره وشعر غيره إلا أن كمال الجناية في شعره (فإن أخذ من شارب حلال أو قلم أظافيره أطعم ماشاء) والوجه فيه ما بيننا. ولا يبرى عن نوع ارتفاق لأنه يتأذى بنفث غيره وإن كان أقل من التأذى بنفث نفسه فيلزمه الطعام (وإن قص أظافير يديه ورجليه فعليه دم) لأنه من المحظورات لما فيه من قضاء النفث وإزالة ما ينمو من البدن، فإذا قلدها كلها فهو ارتفاق كامل فيلزمه الدم. ولا يزداد على دم إن حصل في مجلس واحد لأن الجناية من نوع

(قوله فصار كالمنزوع) يعني كما لا يرجع بالعقر على من غره بحرية من تزوج بها إذا ظهرت أمة بعد الدخول لأن بدله وهو ما ناله من اللذة والراحة حصل للمنزوع فيكون البدل الآخر عليه دون الغار، كذلك لا يرجع المخلوق رأسه على الحائض بغير إذن لأن سببه اختص به (قوله فإن أخذ من شارب حلال أو قلم أظافيره أطعم ماشاء) أما في الشارب فلا شك، وأما في قلم الأظافر فمخالف لما في الميسوط، فأصل الجواب في قص الأظفار هنا كالجواب في الحلق. وفي المصيط أيضا قال: عليه صدقة. هذا وعن محمد رواية لا يضمن في قص الأظفار. واعلم أن صريح عبارة الأصل في الميسوط. وفي الكافي الحاكم في الحائض هكذا: وإن حلق المحرم رأس حلال يصدق بشيء، وإذا حلق المحرم رأس محرم أخرب أمره أو بغير أمره فعل المخلوق دم وعلى الحائض صدقة اهـ. وهذه العبارة إنما تقتضي لزوم الصلوة المقترنة بنصف صاع فيها إذا حلق رأس محرم، وأما في الحلال فتقتضي أن يطعم: أي شيء شاء كقولهم: من قل قملة أو جرادا يصدق بما شاء، وإرادة المقترنة في عرف إطلاقهم أن يذكر لفظ صدقة فقط، وأنه أعلم بحقيقة الحال. ثم بعد التفصيل المذكور في الحائض قال: والجواب في قص الأظفار كالجواب في الحلق وإن كان ما ذكرناه أنه مقتضى عرفهم في التعبير واقعا فيكون ذلك التفصيل أيضا جاريا في قص الأظفار فيصدق ما في الهداية لأنه فرض الصورة في قلم أظفار الحلال (قوله فإن قص أظافير يديه ورجليه فعليه دم) لأنه

في هذه المهدة فكأنه أخذ هذا المقدار من ماله. وكلنا (الدم) إنما لزمه بما نال من الراحة فصار كالمنزوع) إذا ضمن العقر. لا يرجع على الغار لأنه في مقابلة ما استوفاه من منافع البضع. وقوله (وكلنا إذا كان الحائض حلالا) هو الوجه الثالث من الأقسام العقلية وليس فيه على الحائض شيء بالاتفاق وفي المخلوق الخلاف المذكور. وقوله (في مسئلتنا) أراد به ما إذا كان الحائض محرما. وقوله (في الوجهين) أراد به ما كان بأمره أو بغير أمره. وقوله (فإن أخذ) يعني المحرم (من شارب حلال أو قص أظافيره أطعم ماشاء والوجه فيه ما بيننا) يعني قوله: إن إزالة ما ينمو من بدن الإنسان من محظورات الإحرام. وقوله (ولا يبرى عن نوع ارتفاق) إشارة إلى الجواب عما قال الشافعي رحمه الله حلق رأس غيره والأخذ من شارب بمنزلة أن يلبس غيره محيطا في عدم ارتفاقه، فكما لا يجب في الإلباس عليه شيء فكذلك هنا، وذلك لأن في الحلق وأخذ الشارب ارتفاقا له لأن الإنسان يتأذى بنفث غيره، وليس في الإلباس المحيط ذلك لكن التأذى بنفث غيره أقل من التأذى بنفث نفسه (فيلزمه الطعام) وقوله (وإن قص) أي المحرم (أظافير يديه ورجليه) ظاهر. وقوله (لأن الجناية من نوع واحد) يعني تسمية ومعنى، أما تسمية لأن الكل

(قوله بمنزلة أن يلبس غيره محيطا في عدم ارتفاقه، فكما لا يجب عليه في الإلباس شيء فكذلك هنا) أقول: وجوابه أن الفرق ظاهر لأن مجزأة ليس المحيط بالزمن شيء بل بمرأته يوما وليلته حكم الابتداء في ليلته عليه بقصر اختلاف الحلق.

واحد ، فإن كان في مجالس فكذلك عند محمد رحمه الله لأن مبناه على التداخل فأشبه كفارة الفطر إلا إذا تخلت الكفارة لارتفاع الأولى بالتكفير . وجعل قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله : يجب أربعة دماء إن قلم في كل مجلس يدا أو رجلا لأن الغالب فيه معنى العبادة فيتعبد التداخل باتحاد المجلس كما في أي السجدة

أكل ارتفاق يكون بالقص ، وقص يد واحدة ارتفاق كامل ففيه الدم أيضا ، فقص الكل في مجلس واحد كليس كل الثياب وحلق شجر كل البدن في مجلس لا يوجب غير دم واحد (فإن كان في مجالس فكذلك عند محمد) أي دم واحد لأن مبنى هذه الكفارة على التداخل حتى لزم المحرم بقتل صيد الحرم قيمة واحدة مع الجنابة على الإحرام والحرم فأشبهت كفارة الفطر في رمضان في أنه إذا تكررت الجنابات بالفطر ولم يكفر لواحدة منها لزمه كفارة واحدة ، وإن كفر لسابقة كفر لاحقة كلما هنا (قوله وعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف عليه أربعة دماء إن قص في كل مجلس طرفا من أرميه . لأن الغالب فيه معنى العبادة) خرج الجواب عن كفارة الإفطار فيتعبد التداخل باتحاد المجلس ، غير أنه لا بد من إثبات هذه المقدمة ، والمثبت لها لزوم الكفارة شرعا مع الأعداء . ومن المعلوم أن الأعداء مسقطا للعقوبات ، وعلى هذا فلا يفتى أن لازم ترجع معنى العبادة عدم التداخل لأنه اللائق بالجلود ، إلا أن يوجب موجبا آخر كما أوجبه في أي السجدة لزوم الحرج لو لم يعتبر ولا موجب هنا . والإلحاق بأي السجدة في الكتاب إنما هو في تعبد التداخل بالمجلس لا في إثبات التداخل نفسه وإلا كان بلا جامع لأن موجبه في الأصل : أنه أي السجدة لزوم الحرج ، وذلك لأن العادة مستمرة بتكرار الآيات للتراب والدراسة والتدبر للاتعاط الحاجة إلى ذلك ، فلو لم يتداخل لزم الحرج ، غير أن ما تندفع هذه الحاجات به من التكرار يكون غالبا في مجلس واحد فتعبد التداخل به ، وليس سبب لزوم الحرج لولا التداخل هنا قائما ، إذ لا داعي لمن أراد قص أظفار يديه ورجليه إلى تفريق ذلك في مجالس فلا عادة مستمرة في ذلك فلا حرج يلزم بتقدير عدم التداخل

يسنى قصا ، وأما معنى فلأن الارتفاق من حيث القص وهو شيء واحد . وقوله (لأن مبناه على التداخل) يفتى أن الحرم إذا قتل صيد الحرم يكفيه قيمة واحدة وإن كانت الجنابة في حق الحرم والإحرام جميعا فكان مبناه على ذلك (فأشبه كفارة الفطر) وما يقولان : كفارة الإحرام معنى العبادة فيها غالب بدليل أنها تجب على المعلوم كالمكره والنائم والمهبط والناسي والمضطر ، وبالنظر إلى ذلك لا تتداخل قتلنا بتعبد التداخل باتحاد المجلس لأنه إذا كان في مجلس واحد فالمقصود واحد والمحال مختلفة فربحنا اتحاد المقصود بوجود الجامع وهو المجلس ، وأما إذا اختلفت المجالس فيترجح جانب اختلاف المحال ويلزم لكل واحد دم عملا بالوجهين . فإن قيل : الجنابات إذا كانت من جنس واحد لا تعتمد الكفارة . كما إذا حلق رأسه في مجالس مختلفة فإن عليه كفارة واحدة لذلك . فالجواب أن ههنا اتحاد المقصود واتحاد المحل وكلتا اختلافهما ، ففي اتحاد الجميع لزمه كفارة واحدة بلا خلاف بينهم . ومتى اختلف الجميع لزمه الكفارة متحدة . ومتى اتحاد المقصود واختلف المحال ، فإن اتحاد المجلس تقوى جانب الاتحاد فلزمه كفارة واحدة ، ومتى اختلف المجلس تقوى جانب الاختلاف وتعبدت الكفارة ، فإذا عرفت هذا ظهر لزوم التعدد فيما نحن فيه عند اختلاف المجلس ولزوم الوحدة عند اتحادها ، ولا يلزم حلق الرأس عليه لأن المحل متحد والمقصود كذلك ، بخلاف على النزاع لأن المحال فيه مختلفة ولا يشكل بحلق الإبطين فإن المقصود متحد والمحال مختلفة ، ولا يختلف الجبال في اتحاد الجفراء بين ما كان المجلس متحدا أو مختلفا لأن ذلك لا رواية فيه ، ولأن كانت فئمة ما يوجب اتحاد المحال وهو التثوير ، فإنه لو توار جميع البدن لم يلزمه إلا كفارة واحدة ، وقد تقدم أن الحلق

(وإن قص يدا أو رجلا فعليه دم) إقامة للربع مقام الكل كما في الحلق (وإن قص أقل من خمسة أطافير فعليه صدقة) معناه يجب بكل ظفر صدقة . وقال زفر رحمه الله : يجب الدم بقص ثلاثة منها ، وهو قول أبي حنيفة الأول لأن في أطافير اليد الواحدة دما والثلاث أكثرها . وجه المذكور في الكتاب أن أطافير كف واحد أقل ما يجب الدم بقلمه وقد أقمناها مقام الكل ، فلا يقام أكثرها مقام كلها لأنه يؤدي إلى ما ينتهي (وإن قص خمسة أطافير متفرقة من يديه ورجليه فعليه صدقة عند أبي حنيفة وأبي يوسف) رحمهما الله تعالى (وقال محمد بن رحمه الله عليه دم) اعتبارا بما لو قصها من كف واحد ، وبما إذا حلق ربع الرأس من مواضع متفرقة : ولهما أن

على تقدير قص كل طرف في مجلس فلا يثبت هذا الحكم إلا أن يكون فيه إجماع . وفي المبسوط : لو قص إحدى يديه ثم الأخرى في مجلس أو حلق رأسه ولحيته وإبطيه أو جامع مرارا قبل الوقوف في مجلس واحد مع امرأة واحدة أو نسوة فعليه دم واحد ، وإن اختلفت المجالس يلزمه لكل مجلس موجب جنايته فيه عندهما . وقال محمد : عليه دم واحد في تعدد المجالس أيضا ما لم يكفر عن الأولى وتقدم نظيره في الطيب اعتبره بما لو حلق في مجلس واحد وربع رأسه ثم في مجلس آخر ربعه ثم وثم حتى حلق كله في أربعة مجالس يلزمه دم واحد اتفاقا ما لم يكفر للأول . والفرق لهما أن الجنابة في الحلق واحدة لاتحاد محلها وهو الرأس (قوله إقامة للربع مقام الكل كما في الحلق) أي حلق الرأس والحية لأن حلق ربع غيرهما من الأعضاء إنما فيه الصدقة ، فإن قيل : إلحاق الربع من الرأس بكفه بناء على أنه معتاد والمعتاد في قام الأظفار ليس الاختصار على طرف واحد فكيف هذا الإلحاق مع انتفاء الجامع ؟ فالجواب أن الجامع إنما هو كمال الارتفاق لا الاعتداد ، إلا أنه لما كان قد يتردد في حصوله يحلق ربع الرأس أثبتة بالعادة إذ القصد إليه على وجه العادة لمن يقصده ليس لإلئيل الارتفاق لا أنها هي المناط للزوم الدم . ولا شك أن أدنى كمال الارتفاق يحصل بقلم تمام يد وإن كان في اليدين أكل وفي الكل أكل من هذا فثبت به الدم ولا يبالى بكونه غير معتاد (قوله لأنه يؤدي إلى ما ينتهي) كلام خطائي لا تحقيق : أي كان يجب أن يقام أكثر الثلاثة أيضا

مثل التنوير وليس في صورة النزاع ما يحلها كذلك . وقوله (وإن قص يدا أو رجلا) ظاهر ، وقوله (وجه المذكور في الكتاب) أي القدرory (أن أطافير كف واحد أقل ما يجب الدم بقلمه) وكل ما هو كذلك لا يقام أكثره مقامه ، أما أنها أقل ما يجب الدم بقلمه فلا لأنه إنما وجب الدم باعتبار قيامه مقام الكل ، وفي ذلك شبهة وليس بعد الشبهة إلا شبهة الشبهة وهي غير معتبرة بحال ، وقد أشار إلى هذا التعليل بقوله (وقد أقمناها مقام الكل) وهو في موضع الحال : أي أنها أقل ما يجب الدم بقلمه حال كونها مقامه مقام الكل ففيها شبهة الكلية إلى آخر ما ذكرنا ، وأما أن كل ما هو كذلك لا يقام أكثر مقامه فلما قال (لأنه يؤدي إلى ما ينتهي) لأنه إذا أقيم الثلاثة مقام خمسة يقام الاثنان مقام الثلاثة ، ثم الظفر والنصف مقام الظفرين ، ثم الظفر الواحد مقام ظفر ونصف وهلم جرا دفعا للتحكم ، والمراد بقوله إلى ما ينتهي ، إلى ما يتعسر اعتباره ، لأن الجسم عندنا أهل السنة والجماعة ينتهي إلى الجزء الذي لا يتجزأ فلا بد له من تأويل وفك ما قلنا (وإن قص خمسة أطافير متفرقة) بالجر صفة للمعلود كما في قوله تعالى .. سبع بقرات سبان . (من يديه ورجليه فعليه صدقة عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله . وقال محمد رحمه الله : عليه دم اعتبارا بما لو قصها من كف واحد) مجاميع : أنه قص خمسة أطافير ولا تفرقة في ذلك بين أن تكون من يد واحدة أو من يد ورجل (وبما إذا حلق ربع الرأس من مواضع متفرقة ، ولهما أن الدم إنما يجب عند

تكمال الجنابة بغسل الراحة والذينة وبالقلم على هذا الوجه يتأذى ويشينه ذلك ، بخلاف الحلق لأنه معتاد على مأمري ، وإذا تقاضرت الجنابة تجب فيها الصدقة فيجب بقلم كل ظفر طعام مسكين ، وكذلك لو قلم أكثر من خمسة منفردا لأن أن يبلغ ذلك مما فيقتصد منه ما شاء . قال (وإن انكسر ظفر المحرم وتعلق فأخذه فلا شيء عليه) لأنه لا ينمو بعد الانكسار فأشبهه اليابس من شجر الحرم (وإن طليب أو ليس غطيها أو حلق من غير فهو غير إن شاء ذبح وإن شاء تصدق على ستة مساكين بثلاثة أصوع من الطعام وإن شاء صام ثلاثة أيام) لقوله تعالى - ففدية من صيام أو صدقة أو نسك - وكلمة أو للتخيير وقد فسرهما رسول الله عليه الصلاة والسلام بما ذكرنا ، والآية نزلت في المعلوم

كالظفرين ثم يقام أكثرهما وهكذا إلى أن يجب بقطع جوهرين لا يتجزآن من قلامة ظفر واحد (قوله وبالقلم على هذا الوجه يتأذى) بخلاف ماقت عليه من الطيب والحلق في مواضع منفردة إذ يرتفق بهما بمنزتين فانتفى الجماع . قالوا : لو قص ستة عشر ظفرا من كل طرف أربعة وجب عليه لكل ظفر صدقة إلا أن يبلغ ذلك مما فيقتصد منه ما شاء وكل ما يفعله العبد المحرم مما فيه ألم عينا أو الصدقة عينا فعليه ذلك إذا عتق لافي الحال ولا يبذل بالصوم (قوله أو ليس من غير) بأن اضطر إلى تغطية الرأس لخوف الملاك من البرد أو للعرض أو ليس السلاح للحرب فعليه كفارة واحدة يتغير فيها بين أن يذبح شاة أو يطعم ستة مساكين لكل مسكين نصف صاع من طعام أو بصوم ثلاثة أيام ، وإن كان يزرعه ليلا ويلبسه نهارا مالم يلعب العلو مثلا ويأتى غيره ، وتقدم لهذا زيادة تفصيل فارجع إليه (قوله وقد فسرهما) أى فسر الكفارة بالتخيير فيها بقوله تعالى - ففدية من صيام أو صدقة أو نسك - بما ذكرنا ، وذلك في حديث كعب بن عجرة في الصحيحين قال « حلت لى رسول الله صلى الله عليه وسلم والقلم ينأثر على وجهي فقال : ما كنت أرى الوجع بلغ بك ما أرى ، أو ما كنت أرى الجهد بلغ بك ما أرى ، أتعبد شاة ؟ قلت لا ، فقال : صم ثلاثة أيام أو أطعم ستة مساكين لكل مسكين نصف صاع » وفي رواية « فأمره أن يطعم غرقا بين ستة أو يهلى شاة أو يصوم ثلاثة أيام » وفسر الفرق بثلاثة أصوع ، وقوله في الرواية الأولى « أتعبد شاة » في الابتداء محمول على أنه سأله هل تعبد النسك ، فإن وجده أخبره أنه غير بينه وبين الخصلتين وإن كان خلاف المتبادر كى لاتقع المعارضة بينه وبين الكتاب وهو قوله تعالى - ففدية من صيام أو صدقة أو نسك -

تكمال الجنابة بغسل الراحة والذينة (وهذا ليس كذلك لأنه) بالقلم على هذا الوجه يتأذى ويشينه ذلك ، بخلاف الحلق لأنه معتاد) فإن من يأخذ شيئا من مقدم رأسه وشيئا من مؤخره فإذا جمع الجميع يصير مقدار الزرع (وإذا تقاضرت الجنابة تجب فيها الصدقة) ومقدارها لكل ظفر طعام مسكين (وكذلك لو قلم أكثر من خمسة منفردا إلا أن يبلغ ذلك مما فيقتصد منه ما شاء) حتى قالوا لو قص ستة عشر ظفرا من كل عضو أربعة فعليه لكل ظفر طعام مسكين إلا أن يبلغ ذلك مما فيقتصد منه ما شاء . وقوله (وإن انكسر ظفر المحرم) ظاهر . وقوله (والآية نزلت في المعلوم) قال كعب بن عجرة بضم العين ومسكين الجيم « مر لى رسول الله صلى الله عليه وسلم والقلم يهات على وجهي وأنا أوقد تحت قدر لى ، فقال : أبوء ذك هوام رأسك ؟ قلت نعم ، فأنزل الله تعالى - ففدية من صيام أو صدقة أو نسك ، قلت : ما الصيام يا رسول الله ؟ قال : ثلاثة أيام كما ذكر في الكتاب » ولولا تفسيره عليه الصلاة والسلام لقد رناه ب ستة أيام لأنه لما تقلم الطعام بستة مساكين كان القياس أن يكون الصوم ستة أيام ، والحكم في كل ما اضطر إليه ما لم يفعله غير المضطر وجب عليه الدم : كذلك يجب عليه أحد الأشياء المذكورة .

ثم الصوم يميزه في أى موضع شاء لأنه عبادة في كل مكان، وكذلك الصدقة عندنا لما بيننا . وأما النكح فيختص بالحرم بالاتفاق لأن الإراقة لم تعرف قربة إلا في زمان أو مكان ، وهذا الدم لا يختص بزمان فتعين اختصاصه بالمكان ، ولو اختار الطعام أجزأه فيه التغذية والتعشية عند أبى يوسف رحمه الله اعتبارا بكفارة اليمين. وعند محمد رحمه الله لا يميزه لأن الصدقة تنهى عن القتيل وهو المذكور .

والرواية الأخرى (قوله وأما النكح فيختص بالحرم) قال الله تعالى في جزاء الصيد - هديا بالغ الكعبة - وهو واجب بطريق الكفارة فكان أصلا في كل هدى وجب كفارة في اختصاصه بالحرم ، وقوله لأن الإراقة لم تعرف قربة إلا في زمان أو مكان يعطى أن القربة هنا تعلقت بالإراقة ، ولازمة جواز الأكل منه كهدي المنعة والقران والأضحية ، لكن الواقع لزوم التصديق بجميع لحمه لأنه كفارة ، ثم لازم هذا بحسب المتبادر أنه لو سرق بعد ما ذبح يلزمه إقامة غيره مقامه ، لكن الواقع أن لا يلزمه ذلك وغيره فكان القربة فيه لها جهتان : جهة الإراقة ، وجهة التصديق . فلأولى لا يجب غيره إذا سرق مذبوحا ، ولثانية يتصلق بلحمه ولا يأكل منه (قوله وهو) أى الصدقة على تأويل التصديق (المذكور) في الآية ، قيل قول أبى حنيفة كقول محمد ، وقال أبو يوسف : الحديث الذى فسر الآية فيه لفظ الإطعام فكان كفارة اليمين ، وفيه نظر ، فإن الحديث ليس مفسر المجمل بل لأنه مبين للوارد بالإطلاق ، وهو حديث مشهور عملت به الأمة فجاءت الزيادة به ، ثم المذكور في الآية الصدقة وتحقق حقيقتها بالتعليك ، فيجب أن يصل في الحديث الإطعام على الإطعام الذى هو الصدقة وإلا كان معارضا ، وغاية الأمر أنه يعتبر بالاسم الأعم ، والله أعلم ،

قوله (وكذلك الصدقة عندنا) يعنى خلافا للشافعي فإنه يقول : لا يميزه الطعام إلا في الحرم لأن المقصود به الرفق بفقراء الحرم ووصول المنفعة إليهم. وقوله (لما بيننا) إشارة إلى قوله لأنه عبادة في كل مكان . وقوله (وأما النكح) يقال نكح الله نسكا ونسكا ومتسكا : إذا ذبح لوجهه ، ثم قالوا : لكل عبادة نكح ، ومنه قوله تعالى - قل إن صلاتي ونسكي - والمراد به ههنا الهدى الذى يليق في الحرم بطريق الجزاء عما باشرو من محظورات الإحرام كالطيب والحلق في حالة النحر ، وذلك مخصوص بالحرم بالاتفاق (لأن الإراقة لم تعرف قربة إلا في زمان) كالأضحية وهدى المنعة والقران في أيام النحر (أو في مكان) كما في دماء الكفارات ، قال الله تعالى في جزاء الصيد - هديا بالغ الكعبة - وذلك واجب بطريق الكفارة (وهذا الدم لا يختص بزمان فتعين اختصاصه بالمكان) وهو الحرم ، وليس المعنى بالاختصاص إراقة الدم لا غير لأنه تلويث الحرم إنما المقصود هو التصديق باللحم بعد الذبح ، فلهذا أن يتصلق بلحمه على فقراء الحرم وغيرهم عندنا . وقوله (ولو اختار الطعام أجزأه) ظاهر ، وأبو يوسف نظر إلى كفارة اليمين في القران فإنه ذكر بلفظ الإطعام وهو يفيد الإباحة وإلى تفسير الذى عليه الصلاة والسلام فإنه قال « أطعم ستة مساكين » ومحمد نظر إلى قوله - أو صدقة - فلما تنهى عن القتيل ، بخلاف كفارة اليمين فإن المذكور فيها الإطعام لا الصدقة .

(فصل)

(فإن نظر إلى فرج امرأته بشهوة فأمنى لأشئ عليه) لأن المحرم هو الجماع ولم يوجد فصار كما لو تفكر فأمنى (وإن قبل أو لمس بشهوة فعليه دم) وفي الجماع الصغير يقول : إذا مس بشهوة فأمنى ، ولا فرق بين ما إذا أنزل أو لم ينزل ذكره في الأصل . وكذا الجواب في الجماع فيما دون الفرج . وعن الشافعي أنه إنما يفسد إحرامه في جميع ذلك إذا أنزل واعتبره بالصوم .

(فصل)

قدم النوع السابق على هذا لأنه كالمقدمة له ، إذ الطيب وإزالة الشعر والظفر مهيئات للشهوة لما تعطيه من الراحة والزينة (قوله ولا فرق بين ما إذا أنزل أو لم ينزل) مخالف لما صحح في الجماع الصغير لقاضيه خان من اشتراط الإنزال . قال : ليكون جماعاً من وجه ، موافق لما في المبسوط حيث قال : وكذلك إذا لم ينزل : يعني يجب الدم عندنا خلافاً للشافعي في قول قيساً على الصوم فإنه لا يلزمه شيء إذا لم ينزل بالتقبيل ، لكننا نقول : الجماع فيما دون الفرج من جملة الرقت فكان منهياً عنه بسبب الإحرام ، وبالإقدام عليه يصير مرتكباً محظوراً لإحرامه اهـ . وقد يقال : إن كان الإنزام للهي فليس كل شيء يوجب كالرقت ، وإن كان الرقت فذلك إذ أصله الكلام في الجماع بمحضه من وليس ذلك موجباً شيئاً (قوله في جميع ذلك) ظاهره إرادة المس بشهوة والتقبيل بشهوة والجماع فيما دون الفرج ، والمقاد حيثل بالتركيب المذكور : أعني قوله إنما يفسد إحرامه في جميع ذلك إذا أنزل أنه إذا أنزل يفسد إحرامه وإذا لم ينزل لم يلزمه دم ، وهذا لأنه لو أريد مجرد معنى الجملة الأولى وهو إذا أنزل يفسد كان لفظ

(فصل)

قدم جنابة الطيب ونحوها على جنابة الجماع ودواعيه ، لأن الطيب واللبس كالوسيلة للجماع والوسائل تقدم ، ولهذا قدم في هذا الفصل ذكر دواعي الجماع عليه (فإن نظر) المحرم (إلى فرج امرأته) أي إلى داخل فرجها وهو موضع البكارة ، وإنما يتحقق ذلك عند كونها منكبة (بشهوة فأمنى) أي أنزل المني (لأشئ عليه) من الكفارة (لأن المحرم هو الجماع) وهو قضاء الشهوة على سبيل الاجتماع صورة وهو الإيلاج ومعنى وهو الإنزال (ولم يوجد) ذلك (فصار كما لو تفكر فأمنى) فإنه لا يجب عليه شيء لما قلنا (فإن قبل أو لمس بشهوة فعليه دم) سواء أنزل أو لم ينزل على رواية الأصل (وفي الجماع الصغير) شرط الإنزال حيث قال (إذا مس بشهوة فأمنى) ولهذا ذكر رواية الجماع الصغير (وكذا الجواب في الجماع فيما دون الفرج) من الإدخال بين الفخذين والسرّة فإن الفرج يراد به القبل والدبر لما دونه يكن ما ذكرناه . (وروى) عن الشافعي رحمه الله أنه إذا أنزل فسد إحرامه في جميع ذلك (يعني التقبيل بشهوة والمس بشهوة والجماع فيما دون الفرج) واعتبر ذلك بالصوم

(فصل) فإن نظر إلى فرج امرأته

(قال المصنف : وعن الشافعي أنه إنما يفسد إحرامه) أقوله : يعني لا يحكم في تلك الصور إلا القصد بالإنزال ، فبغيره مجموع الأمرين من الفساد بالإنزال ، وعدم وجوب فيه عند علم الإنزال ، ويظهر أن كلمة إنما في موقعها (قوله وروى عن الشافعي أنه إذا أنزل لم يفسد)

ولنا. أن فساد الحج يتعلق بالجماع ولهذا لا يفسد بسائر المحظورات وهذا ليس بجماع مقصود فلا يتعلق به ما يتعلق بالجماع إلا أن فيه معنى الاستمتاع والارتفاق بالمرأة وذلك محظور الإحرام فيلزمه الدم بخلاف الصوم : لأن المحرم فيه قضاء الشهوة ولا يحصل بدون الإنزال فيها دون الفرج

إنما لقوا ، إذ هذا المعنى ثابت مع الاختصار على قوله وقال الشافعي يفسد في جميع ذلك إذا أنزل ، غلغلي ماذكرنا ، وتحقيقه أنه قصر الصور المذكورة على حكم هو القصد إذا أنزل ، وفيه تقديم وتأخير ، والأصل إنما في جميع تلك الصور فساد الإجماع بالإنزال ، وهو معنى قولنا : لا حكم فيها إلا الفساد بالإنزال ، فيفيد مجموع الأمرين من الفساد بالإنزال ، وعدم وجوب شيء عند عدم الإنزال لأنه لم يحصل فيها حكما سوى ما ذكر ، ثم مذهب الشافعي هو مجموع الأمرين في قول بالصوم صالح لإثباتها معا فيدخل عليه ، وعادتهم نصب الخلاف باعتبار قول ثم قصد المصنف اتباع مافي الميسوط ، والذي فيه ما علمت من قوله خلافا للشافعي في قول قياسا على الصوم فإنه لا يلزمه شيء إذا لم ينزل ، ثم ذكر المصنف الفرق الذي ذكره ، وعلى المصنف على هذا أن يتعرض في تقرير المذهب للطرفين ويمكن تحميلة لكلامه ، فالتعرض للأول بقوله (ولنا أن فساد الإحرام يتعلق بالجماع) يعني إنما يتعلق به ثم استدلل على هذا بعدم فساد شيء من المحظورات بقوله (ولهذا لا يفسد بسائر المحظورات) وتفصيله أن المعلوم أن سائر ما لا يفسد بمباشرتها الإحرام ، والنص ورد به في الجماع بصورته ، فإنه صلى الله عليه وسلم إنما سئل عن الجماع ومطلقه ينصرف إلى ما هو بالصورة الخاصة فيتعلق الجواب بالفساد بحقيقته ، ولولا ذلك النص لم يقل بأن الجماع أيضا مفسد ، ولأن أقصى ما يجب في الحج القضاء وفي الصوم الكفارة فكانا متوازيين ، والكفارة في الصوم لا يجب بالإنزال مع المس ، فكذا قضاء الحج ، وعدم وجوب القضاء حكم عدم الفساد فيثبت عدمه وهو المطلوب ، والتعرض للثاني بقوله (إلا أن فيه معنى الاستمتاع الخ) وجهه أن مرجع ضمير فيه لفظ جميع ذلك ، والمراد به ما قلنا من المس بشهوة والتقبيل والجماع فيها دون الفرج لا يفسد الإنزال كما يفيد لفظ النهاية ، وإلا لم يكن لقوله بعد ذلك إذا أنزل معنى ، وكان ينحل إلى قولنا في المس بشهوة مع الإنزال إذا أنزل . فالحاصل من العبارة إلى قوله فيما دون الفرج إلا أن في المس بشهوة والتقبيل والوطء فيما دون الفرج استمتاعا بالمرأة أهم من كونه مع إنزال أولا وذلك محظور لإحرامه فيلزم الدم ، بخلاف الصوم الذي قسب عليه عدم لزوم شيء إذا لم ينزل والفساد إذا أنزل ، لأن المحرم فيه قضاء الشهوة فلا يحصل المحرم فيه فيما دون الفرج إلا بالإنزال ، ثم إنما يقصد عنده لأن تحرجه بسبب كونه تقويتا للركن الذي هو الكف عن قضاء الشهوة من المرأة وقبله لم يوجد عزم أصلا ، بل الثابت فعل مكروه فلا يجب شيئا بخلاف ما نحن فيه فإن بالاستمتاع

فإنه إنما يفسد بهذه الأشياء إذا أنزل لأنه موافقة معنى (ولنا) على أن الإحرام لا يفسد وأن الإنزال ليس بشرط لوجوب الكفارة في هذه الصور (أن فساد الحج يتعلق بالجماع لأنه لا يفسد بغيره من المحظورات) بالإجماع (وهذا ليس بجماع) فلا يتعلق به فساد الحج إلا أن فيه معنى الاستمتاع والارتفاق بالمرأة وذلك من محظورات الإحرام ، لما تقدم أن دواعي الجماع ملحقه به (فيلزمه الدم) وقوله (بخلاف الصوم) جواب عن اعتباره بالصوم (لأن المحرم فيه قضاء الشهوة) حيث كان ركنه الكف عنها وقضاؤها بدون الإنزال فيما دون الفرج لا يتحقق

أقول حل شرحه تكون كلمة إنما في كلام المصنف زائدة كما لا يخفى (قال المصنف : فلا يحصل بدون الإنزال فيما دون الفرج) أقول : لما في الفرج فيحصل بغيره

(وإن جامع في أحد السبيلين قبل الوقوف بعرفة فسد حججه وعليه شاة ، ويمضى في الحج كما يمضى من لم يفسده وعليه القضاء) والأصل فيه ما روى « أن رسول الله عليه الصلاة والسلام مثل عن واقع امرأته وهما محرمان بالحج قال : يريقان دما ويمضيان في حجتهما وعليهما الحج من قابل »

بلا إزال يحصل محذور الإحرام فيستحب الجزاء ، ومع الإزالة يثبت الفساد بالنسب (قوله فسد حججه وعليه شاة) وكذا إذا تعدل لجامع في مجلس واحد لامرأة أو نسوة ، والوطء في الدبر كهو في القبل عندهما ، وإحدى الروايتين عن أبي حنيفة ، وفي أخرى عنه : لا يتعلق به فساد الأول أصبح ، فإن جامع في مجلس آخر قبل الوقوف ولم يقصد به رفض الحجة الفاسدة لزمه دم كخر عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، ولو نوى بالجماع الثاني رفض الفاسدة لا يلزمه بالتالي شيء كذا في خزانة الأكل وقاضيه خان . وقلمنا من الميسوط قريبا لزم تعدل الموجب لتعدد المجالس عندهما من غير هذا القيد ، وقال محمد : يلزمه كفارة واحدة إلا أن يكون كخر عن الأولى فيلزمه أخرى ، والمخ اعتبره على أن تصير الجنايات المتعددة بعينه متحدة ، فإنه نص في ظاهر الرواية على أن المحرم إذا جامع النساء ورفض إحرامه وأقام يضع ما يصنعه الحلال من الجماع وقتل الصيد فعليه أن يعود حراما كما كان . قال في الميسوط : لأن يافساد الإحرام لم يصير خارجا عنه قبل الأعمال ، وكذا بقية الرفض وارتكاب المحظورات فهو محرم على حاله إلا أن عليه بجميع ما صنع دما واحدا لما بينا أن ارتكاب المحظورات استند إلى قصد واحد وهو تعجيل الإحلال فيكفيه لذلك دم واحد . فكذا لو تعدل جماع بعد الأول لقصد الرفض فيه دم واحد . وما يلزم به الفساد والدم على الرجل يلزم مظه على المرأة ، وإن كانت مكروهة أو ناسية إنما يقتضي بذلك الإثم . ولو كان الزوج صبيا يجامع مظه فسد حججه دونه ، ولو كانت هي الصبية أو مجنونة انعكس الحكم . ولو جامع بهيمة وأنزل لم يفسد حججه وعليه دم ، وإن لم ينزل فلا شيء عليه ، والاستمنا بالكف على هذا . ثم إذا كانت مكروهة حتى فسد حججه وولم يدم هل ترجع على الزوج ؟ عن ابن شجاع لا ، وعن القاضى أبي خازم نعم . والقارن إذا جامع قبل الوقوف وقبل أن يطوف لعمرة أربعة أشواط فسد حججه وعمرة وعليه أن يمضى فيهما ويتمهما على الفساد وشاتان وقضاؤهما ، فلو جامع بعد ما طاف لعمرة أربعة أشواط فسد حججه دون عمرته ، وإذا فسد الحج سقط دم القارن لأنه لم يجتمع له نسكان صحيحان ، وعليه دمان لقساد الحج وللجماع في إحرام العمرة لأنه باق فيقبض الحج فقط ، ولذا لو أحرم بمعزة فأفسدها ثم أهل بمعزة ليس يقارن لهذا (قوله والأصل الخ) روى أبو داود في المراسيل عن يحيى بن أبي كثير : حدثنا يزيد بن نعيم أو زيد بن نعيم شك فيه أبو توبة « أن رجلا من جلدان جامع امرأته وهما محرمان ، فسأل الرجل النبي صلى الله عليه وسلم فقال : اقضيا حجكما وأهليا هليا » قال ابن القطان : لا يصح فإن زيد بن نعيم مجهول ، ويزيد بن نعيم بن هزال ثقة ، وقد شك أبو توبة في أيهما حدث به . قلنا : قد رواه البيهقي وقال : إنه منقطع ، وهو يزيد بن نعيم بلا شك ، وقوله منقطع بناء على الاختلاف في سماع يزيد هذا من جابر بن عبد الله وفي حصة أبيه فإنه سمع من أبيه . واختلف في حصة أبيه ، فن قال إنه صحابي وأنه سمع من جابر جله مرسلا وعليه مثنى أبو داود ، فإنه أورد هذا الحديث في المراسيل .

(وإن جامع في أحد السبيلين قبل الوقوف بعرفة فسد حججه وعليه شاة ويمضى في الحج) بأداء أفعاله (كما يمضى : من لم يفسد حججه . والأصل فيه ما روى « أن النبي صلى الله عليه وسلم مثل عن واقع امرأته وهما محرمان بالحج قال يريقان دما ويمضيان في حجتهما وعليهما الحج من قابل ») ولا فرق في ذلك بين أن يكون عامدا أو ناسيا أو مجنونا

وهكذا نقل عن جماعة من الصحابة رضى الله تعالى عنهم . وقال الشافعى رحمه الله : تجب بدنة اعتبارا بما لو جامع بعد الوقوف ، والحجة عليه إطلاق ما رويناه ، ولأن القضاء لما وجب ولا يجب إلا لاستدراك المصلحة خفف معنى الجنابة فيكتفى بالشاة بخلاف ما بعد الوقوف لأنه لا قضاء . ثم سوى بين السبيلين . وعن أبى حنيفة رحمه الله أن فى غير القبل منهما لا يفسد لتقصير معنى الوطء فكان عنه روايتان (وليس عليه أن يفارق امرأته فى قضاء ما أفسدها)

ومن قال لم يسمع من جابر وليس لأبيه حصة يجعله منقطعاً فإنه لم يعلم سماعه من صحابى آخر ، وليس فى سند أبى داود انقطاع . فإنه رواه عن أبى توبة الربيع بن نافع عن معاوية بن سلام عن يحيى بن أبى كثير قال : أخبرنى يزيد ابن نعيم أو زيد بن نعيم ، وهذا سند متصل كله ثقات بتقليد يزيد ، ولا شك فيه فى طريق البيهقى فيحصل اتصاله وإرساله ، وهو حجة عندنا وعند أكثر أهل العلم . وروى ابن وهب بسنده ابن لحيمة عن يزيد بن أبى حبيب وأن رجلاً من جندهم الحديث ، وفيه : حتى إذا كتبنا فى المكان الذى أصبنا فيه ما أصبنا فأمرنا وتفرقنا والحديث إلى أن قال : وأهديا . وضعف باين لحيمة ، ويشد المرسل والمذكور منه ما سوى الزيادة . وروى بالزيادة عن جماعة من الصحابة فى مسند ابن أبى شبة إلى من سأل مجاهدنا عن الحرم يواقع امرأته فقال : كان ذلك على عهد عمر بن الخطاب رضى الله عنه فقال : يقضيان حجهما ثم يرجعان حلأين ، فإذا كان من قابل حجاً وأهديا وتفرقا من المكان الذى أصبنا فيه . وروى البارقلى عن ابن عمر رضى الله عنهما قال : فيه : بطل حجبه ، قال له السائل فيبعد ؟ قال لا ، بل يخرج مع الناس فيصنع ما يصنعون ، فإذا أمركه من قابل حج وأهدى . ووافقه على هذا ابن عباس وعبد الله ابن عمرو بن العاص ، وصحح البيهقى إسناده عنهم : وفى موطأ مالك من بلاغته عن عل وعمر وأبى هريرة رضى الله عنهم نحوه ، إلا أن علياً قال فيه : يفرقان حتى يقضيا حجهما (قوله اعتبارا بما لو جامع بعد الوقوف) بل أولى لأن الإجماع قبله فى مطلق الإحرام بخلافه بعده (قوله والحجة عليه ما رويناه) يعنى لفظ الشاة ، وعلى

ثأمة أو مكروه (وهكذا) يعنى مثل ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم (نقل عن جماعة من الصحابة رضى الله عنهم . وقال الشافعى رحمه الله : تجب بدنة كما لو جامع بعد الوقوف) والإجماع تغلظ الجنابة (والحجة عليه إطلاق ما رويناه) وهو قوله عليه الصلاة والسلام « يرقان دماً » ذكره مطلقاً ، فيتناول الشاة لأنه متيقن ، فإن قيل : المطلق ينصرف إلى الكامل والخزور كامل فينصرف إليه : فالجواب أن المطلق ينصرف إلى الكامل إذا لم يكن ما يمنعه ، وهو ههنا موجود لأن الإجماع قبل الوقوف لما كان سبباً للقضاء خفف معنى الجنابة لاستدراك المصلحة الفاتنة بالقضاء ، فلو أوجبنا البدنة لزم إيجاب الجزاء الغليظ فى مقابلة جنابة خفيفة وهو خلاف مقتضى الحكمة ، بخلاف ما إذا كان بعد الوقوف فإن الجنابة لم تخف لعدم وجوب القضاء ، فإيجاب البدنة فى مقابلتها على مقتضى الحكمة ، وإلى هذا أشار المصنف رحمه الله بقوله : ولأن القضاء لما وجب الخ (وعن أبى حنيفة رحمه الله أن الإجماع فى غير القتل منهما) أى من السبيلين ، وقيل من الرجل والمرأة (لا يفسد لتقصير معنى الوطء) ولهذا ما يوجب الحد ولا يجب المهر بالإجماع . وفى رواية : يفسده لأنه كامل من حيث إنه ارتفاق . وعندهما يفسده لأنه يوجب الحد . وقوله (وليس عليه أن يفارق امرأته) الأصل فيه أن الصحابة رضى الله عنهم قالوا : إذا رجعا للقضاء يفرقان ،

(قوله فإن قيل المطلق ينصرف إلى الكامل) أقول : وفى فتح القدير : فراجع انصرف المطلق إلى الكامل فى المأكلة لا إلى الأكل ، ومأكلة المأكل كاملة فى الشاة ، بخلاف السبك بالنسبة إلى لفظ اللحم فإن مأكلة اللحم بقصة فيه حل إما يصرف (قوله لأن الإجماع قبل الوقوف الخ) أقول : فعلى هذا يكون الوجه الثانى من خمسة الأول وينفى استقلال كل منهما .

عندنا خلافا للمالك رحمه الله إذا خرجا من بيتهما . ولزفر رحمه الله إذا أحرم . وللشافعي رحمه الله : إذا انتهيا إلى المكان الذي جامعها فيه . لم أنهما يتذاكران ذلك فيقعان في المواقعة فيفترقان . ولنا أن الجامع بينهما وهو النكاح قائم فلا معنى للافتراق قبل الإحرام لإباحة الوقاع ولا بعده لأنهما يتذاكران حالتهما من المشقة الشديدة بسبب للذة سيرة فيزدادان ندما وتحززا فلا معنى للافتراق (ومن جامع بعد الوقوف بعرة لم يفسد حججه وعليه بدنة) خلافا للشافعي فإذا جامع قبل الرى لقوله صلى الله عليه وسلم « من وقف بعرة فقد تم حجه »

ماخرجنا إطلاق لفظ الهدى وهو يصلق بالتناول على الشاة كان في البدنة أكل ، والواجب انصراف المطلق إلى الكامل في الماهية لا إلى الأكل ، وماهية الهدى كاملة فيها ، بخلاف السمك بالنسبة إلى لفظ اللحم فإن ماهية اللحم ناقصة فيه على ماستعرف إن شاء الله تعالى ، ثم بين المقامين فرق ، وهو وجوب القضاء فإنه لا يجب إلا ليقوم مقام الأول وهو معنى استئراك المصلحة ، فبعد قيامه مقامه لم يبق إلا جزء تعجيل الإحلال . ويمكن فيه الشاة كالمحصر ، بل أولى لأن الإحلال لم يتم بالجماع ولهذا يمضى فيه ، ولا يحل إلا مع الناس غير أنه أمر المعتد به إلى قابل ثم لا يجب عمرة لعدم فوات حججه بخلاف المحصر (قوله فلا معنى للافتراق) وهذا لأن الافتراق ليس ينسك في الأداء فكذلك في القضاء ، فلم يكن أمر من روى عنه من الصحابة الأمر بالافتراق أمر بإيجاب بل أمر ندب مخافة الوقوع لظهور أنه لا يصير أحدهما عن الآخر لما ظهر منهما في الإحرام الأول فكان كالشباب في حق القبلة في الصوم لا لأنهما يتذاكران فيقعان لأنه معارض بأنهما يتذاكران فلا يقعان لتذكرهما ما حصل لهما من المشقة للذة سيرة ، ونحن نقول باستحباب الافتراق لذلك (قوله ومن جامع بعد الوقوف بعرة) يعنى قبل الحلق لأنه سيدكر أن الجماع بعد الحلق فيه شاة . هذا والعبد إذا جامع مضى فيه وعليه هدى وحجة إذا أعنت سوى حجة الإسلام ، وكل مايجب فيه المال يؤخذ به بعد عتقه ، بخلاف ما فيه الصوم فإنه يؤخذ به للحال ، ولا يجوز إطعام المولى عنه إلا في الإحصار ، فإن المولى يبعث عنه ليحل هو فإذا أعنت فعليه حجة وعمرة (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام « من وقف بعرة فقد تم حجه ») تقدم هذا الحديث . وتقدم أنه عليه الصلاة والسلام علق

مناه يأخذ كل واحد منهما في طريق غير طريق صاحبه ، فمالك رحمه الله أخذ بظاهر هذا اللفظ فقال : كما خرجا من بيتهما فعليهما أن يفترقا . وقال زفر رحمه الله : يفترقان من وقت الإحرام لأن الافتراق نسك بقول الصحابة رضى الله عنهم ، ووقت أداء النسك بعد الإحرام ، وهذا المعنى ليس بشيء لأن القضاء يحكى الأداء . فإما لم يكن نسكا في الأداء لا يكون نسكا في القضاء ، وقال الشافعي رحمه الله : إذا قربا من المكان الذي جامعها فيه يفترقان لأنهما لا يأتان إذا وصلا إلى ذلك الموضع أن تبيح بهما الشهوة فيوقعتها . والمصنف رحمه الله ذكر دليلنا على وجهه هو دافع لأقولهم وهو واضح . ونقول : مراد الصحابة رضى الله عنهم أنهم يفترقان على سبيل التنب إن خافا على أنفسهم الفتنة . كما ينسب للشباب الامتناع عن التقبيل في حالة الصوم إذا كان لا يأتان على نفسه بما سواه (ومن جامع بعد الوقوف بعرة لم يفسد حججه وعليه بدنة خلافا للشافعي رحمه الله فإذا جامع قبل رى جرة العقبة) فإن حججه يفسد لأن إحرامه قبل الرى مطلق ، أى كامل حيث لا يحل له شيء مما هو حرام على المحرم ، والجماع في الإحرام المطلق مقسد للحج كما إذا كان قبل الوقوف ، بخلاف ما بعد الرى فإنه قد جاء أو أن التجبل وحل له الحلق الذي كان حراما على المحرم . وقوله (لقوله عليه الصلاة والسلام) دليلنا . ووجه ذلك أنه صلى الله عليه وسلم قال « من وقف بعرة فقد تم حجه » وليس المراد به الهام من حيث أداء الأصال بالاتفاق لبقاء

وإنما تجب البدية لقول ابن عباس رضي الله عنهما أولأنه أعل أنواع الارتفاق فيتعطف موجه (وإن جامع بعد الحلق فعليه شاة) لبقاء إحرامه في حق النساء دون ليس الخيط وما أشبهه فبخت الجنابة فاكفى بالشاة (ومن جامع في العمرة قبل أن يطوف أربعة أشواط فسدت عمرته فيمضي فيها ويقضيها وعليه شاة . وإذا جامع بعد ما طاف أربعة أشواط أو أكثر فعليه شاة ولا تفسد عمرته)

انتهى بالوقوف بعرفة والمزدلفة على ما أسلفناه ، ثم لا شك أن ليس التمام باعتبار عدم بقاء شيء عليه فهو باعتبار أمن الفساد والقوات ، وإنما أوجبنا البدية بما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه سئل عن رجل وقع بأهله وهو بمكة قبل أن يفرض فأمره أن ينحر بدنة . رواه مالك في الموطأ عن أبي الزبير المكي عن عطاء بن أبي رباح عنه . وأسند ابن أبي شيبة عن عطاء أيضا قال : سئل ابن عباس رضي الله عنهما عن رجل قضى المناسك كلها غير أنه لم يزر البيت حتى وقع على امرأته ، قال : عليه بدنة . ولأنه لا قضاء هنا ليخف أثر الجنابة بغير القضاء بخلاف ما قبل الوقوف ، وهو أرجح مما عن ابن عمر مما أخرجه ابن أبي شيبة عنه : جاء رجل إليه فقال : يا أبا عبد الرحمن إني رجل جاهل بالسنة بعيد الشقة قليل ذات اليد ، قضيت المناسك كلها غير أني لم أزر البيت حتى وقعت على امرأتي ، فقال : عليك بدنة وحج من قابل فإنه متروك بعبه ، وقال عليه الصلاة والسلام : من وقف بعرفة فقد تم حجه ، بخلاف قول ابن عباس هذا . ولو جامع مرة ثانية فعلى كل واحد شاة مع البدية لأنه وقع في حرمة منهوكة فصافد إحراما ناقصا فيجب الدم . ولو جامع القارن بعد الوقوف لزمه بدنة لحجته وشاة لعمرته (قوله وإن جامع بعد الحلق فعليه شاة) دالم يكن جامع بعد ما طاف أربعة أشواط من طواف الزيارة فلا شيء عليه ،

بعض الأركان ، فكان المراد به التمام من حيث إنه يأمن من الفساد بعده لتأكد حجه بالوقوف . ألا ترى أنه يأمن القوات بعد الوقوف ، فكما يثبت حكم التأكد في الأمن عن القوات كذلك يثبت في الأمن عن الفساد ، فإن قيل : لو كان كذلك لما وجبت البدية لأن الشيء بعد تمامه لا يقبل الجنابة فلا يقتضي جزاء . أجاب بقوله (وإنما تجب البدية لقول ابن عباس رضي الله عنهما) وهو ما روى عنه أنه قال : إذا جامع قبل الوقوف بعرفة فسد نسكه وعليه دم ، وإذا جامع بعد الوقوف فصحته تامة وعليه بدنة . وروى أنه قال : لا تجب البدية في الحج إلا في موضعين : من جامع بعد الوقوف بعرفة ، ومن طاف طواف الزيارة نجبا أو لم يعرف له مخالف فعل على الإجماع . وقيل : مثله لا يدخل للرأى فيه فكان مسموعا . وقوله (أو لأنه) قيل إنما ذكر بكلمة أو ليكون أثر ابن عباس رضي الله عنهما غير مشهور فأتى بها ليكون متمسكا بأحدهما ، وفيه نظر لأن المطلوب إثبات الوجوب وهو يثبت بمجرد الواحد لا يتوقف على الإشهار ، ولعله أتى بأحد الخاترين فلا يسأل عن كنيته . وتقديره أن الجماع أصل الارتفاقات لو فور لذته وكل ما كان كذلك يتعطف موجه لوجوب التطايع بين الموجب والموجب بمقتضى الحكمة . قوله (وإن جامع بعد الحلق فعليه شاة) ظاهر . وقوله (ومن جامع في العمرة) بيان الجنابة على إحرام العمرة وهو واضح ، لكن يتوهم منه تفضيل طواف العمرة على طواف الزيارة فإنه إذا جامع بعد ما طاف لطواف الزيارة

(قوله قيل إنما ذكر بكلمة أو ليكون أثر ابن عباس رضي الله عنهما غير مشهور الخ) أقول : فيه أن المستفاد من تلك الكلمة جواز التسك بأثر مستقل كما لا يخفى (قوله وهو يثبت بمجرد الواحد لا يتوقف على الإشهار) أقول : وهذا يبين على الوجه الثالث من وجه الاستدلال بأنه وأما على الوجه الأول فلا حاجة إليه ، فإنه إذا حل على الإجماع يكون من قبيل المشهر

وقال الشافعي : تفسد في الوجهين وعليه بدنة اعتبارا بالحج إذ هي فرض عنده كالحج ، ولنا أنها سنة فكانت أحط رتبة منه فتجب الشاة فيها والبدنة في الحج لإظهارا للتفاوت (ومن جامع ناسيا كان كن جامع متعمدا) وقال الشافعي رحمه الله : جامع التامى غير مفسد للحج ، وكذا الخلاف في جامع النائمة والمكرهة ، هو يقول :

ولو كان لم يخلق حتى طاف للزيارة أربعة أشواط ثم جامع كان عليه الدم ، وذكر في الغاية معزيا إلى المبسوط والبدائع والإسميجاني : لو جامع القارن أول مرة بعد الحلق قبل طواف الزيارة فعليه بدنة للحج وشاة للعمرة ، لأن القارن يتحلل من إحرامين بالحلق إلا في حق النساء فهو محرم بهما في حقهن ، وهذا مخالف لما ذكره في الكتاب وشروح القلديري ، فإنهم يوجبون على الحاج شاة بعد الحلق ، وذكر فيها أيضا معزيا إلى الوبري في هذه المسألة إنما عليه بدنة للحج ولا شيء للعمرة لأنه يخرج من إحرامها بالحلق وبقي في إحرام الحج في حق النساء ، واستشكله شارح الكنز لأنه إذا بقي محرما بالحج فكذلك في العمرة ، والتي يظهر أن الصواب ما في الوبري لأن إحرام العمرة لم يعمد بحيث يتحلل منه بالحلق في غير النساء ويبي في حقهن ، بل إذا حل بعد أفعاله حل بالنسبة إلى كل ما حرم عليه ، وإنما عهد ذلك في إحرام الحج ، فإذا ضم إلى إحرام الحج إحرام العمرة استمر كل على ما عهد له في الشرع ، إذ لا يزيد القرآن على ذلك الضم فينتطوي بالحلق إحرام العمرة بالكلية فلا يكون له موجب بسبب الوطء بل الحج فقط . ثم يجب النظر في الترجيح بين قول من قال يوجب الشاة أو البدنة ، وقول موجب البدنة أوبخه لأن إيجابها ليس إلا بقول ابن عباس ، والمروى عنه ظاهر فيها بعد الحلق فأرجع إليه وتأمله ، ثم المعنى يساعده ، وذلك أن وجوبها قبل الحلق ليس إلا للجناية على الإحرام ، ومعلوم أن الوطء ليس جنائية عليه إلا باعتبار تحريره له لا اعتبار تحريره لغيره ، فليس الطيب جنائية على الإحرام باعتبار تحريره لجماع أو الحلق بل باعتبار تحريره للطيب ، وكذا كل جنائية على الإحرام ليست جنائية عليه إلا باعتبار تحريره لها لا لغيرها ، فيجب أن يستوى ما قبل الحلق وما بعده في حق الوطء لأن الذي به كان جنائية قبله بعينه ثابت بعده ، والزاثل لم يكن الوطء جنائية باعتبارها ، لاجرم أن المذكور في ظاهر الرواية إطلاق لزوم البدنة بعد الوقوف من غير تفصيل بين كونه قبل الحلق أو بعده

أربعة أشواط لم يجب عليه شيء ، فإن فعل ذلك في طواف العمرة فعليه شاة كما ذكر في الكتاب ، وأوجب بأن ذلك ليس من حيث التفصيل بل من حيث محل الجنائية ، وذلك لأن طواف الزيارة على الوجه المسنون في الترتيب إنما يؤتى به بعد التحلل بالحلق أو التقصير : غاية ما في الباب أن حكمه تأخر في حق النساء لمعنى وهو وقوع الركن في الإحرام فقام أكثر أشواطه مقام كله ، بخلاف العمرة فإن طوافها قبل التحلل ، فكان ارتكاب المخطئ في محض الإحرام فيجب التمسك ولعلنا قلناه إن لم يخلق قبل طواف الزيارة وجامع بعد ما طاف لها أربعة أشواط وجب عليه الدم كما في طواف العمرة لذلك ، وقوله (وقال الشافعي رحمه الله : تفسد في الوجهين) أى فيها إذا جامع قبل أن يطوف أربعة أشواط وبعبه لأنهما سيان في إفساد الحج عنده فكل ذلك في العمرة لأنها عنده فريضة كالحج . وقوله (وقال الشافعي : جامع التامى غير مفسد للحج) لو قال للإحرام كان أشمل ليقنأول العمرة ، جعل النسيان غير مؤثر في فساده كما في الصوم ، وجعل الإكراه والنوم كالنسيان بناء على أن الإكراه لما أباح الإقديام وأعدم أصل الفعل

(قوله وجعل الإكراه والنوم كالنسيان الخ) أقول : كان المناسب لمساك كلامه أن يبين وجه إطلاق الإكراه بالنسيان ولم يفعل .

الجلطز ينعدم بهذه العوارض فلم يقع الفعل جناية . ولنا أن القصاد باعتبار معنى الارتفاق في الإحرام ارتفاقا مخصوصا ، وهذا لا ينعدم بهذه العوارض ، والنجح ليس في معنى الصوم لأن حالات الإحرام مذكرة بمنزلة حالات الصلاة بخلاف الصوم ، والله أعلم .

(فصل)

(ومن طاف طواف القدوم محمدا فعليه صدقة) وقال الشافعي رحمه الله :

ثم ذكر فيها أيضا فقال : وإذا طاف أربعة أشواط من طواف الزيارة وقد قصر ثم جامع فليس عليه شيء ، وإن لم يكن قصر فعليه دم . فمن هنا والله أعلم أخذ التفصيل من أحله إن كان إذ خف الموجب بعد وجود أحدهما بعد الوقوف . ولعلنا أن يستشكله بأن الطواف قبل الحلق لم يحل به من شيء فكان ينبغي أن يجب الجزور ، وإن كان سؤال ابن عباس وقته به إنما كان فيمن لم يطف للعلم بأن فواته بذلك لوقوع الجناية على إحرام أمن فساد ، ولو كان قارنا : أعنى الذي طاف للزيارة قبل الحلق ثم جامع قال في البدائع : عليه شاتان لبقاء الإحرام لهما جميعا . وروى ابن سبابة عن محمد في الرقيات فيمن طاف للزيارة جنيبا ثم جامع قبل الإعادة . قال محمد : أما في القياس فليس عليه شيء ، ولكن بأحقيقة استحسنا فيها إذا طاف جنيبا ثم جامع ثم أعاد طاهرا أن يوجب عليه دما ، وكذلك قول أبي يوسف رحمه الله . وجه القياس أن الجماع وقع بعد التحلل لما عرف من أن الطهارة ليست بشرط لصحة الطواف . وجه الاستحسان أن بالإعادة طاهرا يتنسخ الطواف الأول عند بعض مشايخ العراق ، ويصير طوافه المعتبر هو الثاني لأن الجناية توجب نقصانا فاحشا فيقتضي أن الجماع كان قبل الطواف فيوجب للكفارة ، بخلاف ما إذا طاف على غير وضوء : يعنى ثم جامع ثم أعاده متوضئا لاشئ فعليه لأن النقصان يسير فلم يتنسخ الأول فيقع جماعه بعد التحلل ، كلها في البدائع وفيه تأمل ، فإن الانقاسخ إن قال به بعض المشايخ فقد قال آخرون بعدمه وصحح فلم يلزم ، وعلى تقديره فوقه شرعا قبل التحلل إنما موجه البدعة لا مطلق الدم ، اللهم إلا أن يقال : إنه قبله من وجه دون وجه ، وسنوجه عدم الانقاسخ إن شاء الله تعالى .

(فصل)

(قوله ومن طاف طواف القدوم محمدا فعليه صدقة) موافق لما في عامة النسخ وصرح به عن محمد ، ومخالف

مع كونه قاصدا كان النوم أولى لانقضاء القصد ، وإذا انعدم الفعل لم يكن جناية (ولنا أن القصاد باعتبار معنى الارتفاق في الإحرام ارتفاقا مخصوصا) وهو أن يكون بين الجماع لقوله تعالى - فلا رفث - الآية ، والرفث اسم للجماع (وهو لا ينعدم بهذه العوارض والنجح ليس في معنى الصوم) لوجود المذكر وهو حالة الإحرام (بخلاف الصوم) فإنه لا مذكر له .

(فصل)

لما فرغ من بيان الجناية على الإحرام ذكر الجناية على الطواف الذي هو بعد الإحرام في فصل على حدة . قوله (ومن طاف طواف القدوم محمدا) طواف القدوم محمدا معناه عليه صدقة (وقال الشافعي رحمه الله :

(فصل) ومن طاف

لا يعتد به لقوله صلى الله عليه وسلم « الطواف بالبيت صلاة » إلا أن الله تعالى أباح فيه المنطق فتكون الطهارة من شرطه : ولنا قوله تعالى - وليطوفوا بالبيت العتيق - من غير قيد الطهارة فلم تكن فرضاً ، ثم قيل : هي سنة ، والأصح أنها واجبة لأنه يجب بتركها الجابر ، ولأن الخبر يوجب العمل فيثبت به الوجوب ، فإذا شرع في هذا الطواف وهو سنة ، يصير واجباً بالشروع ويدخله نقص بترك الطهارة فيجبر بالصلقة إظهاراً لدنو رتبته عن الواجب يلزمه الله وهو طواف الزيارة ، وكلنا الحكم في كل طواف هو تطوع

لما في مبسوط شيخ الإسلام قال : ليس لطواف التحية محدثاً ولا جنباً شيئاً ، لأنه لو تركه لم يكن عليه شيء فكذا تركه من وجه . والوجهان اللذان أبطل بهما المصنف كون الطهارة سنة : أحق قوله لأنه يجب بتركها الجابر ، ولأن الخبر يوجب العمل كافلان بإبطاله ، ولما استشعر أن يقال على الأول لزوم الجابر مطلقاً ممنوع وهو أول المسألة فلما نفيه في غير الطواف الواجب دفعه بقرير أن كل ترك لا يخلو من كونه في واجب ، فإن التطوع إذا شرع فيه صار واجباً بالشروع ثم يدخله النقص بترك الطهارة فيه . غاية الأمر أن وجوبه ليس يلزمه تعالى ابتداء فأظهرنا تفاوت في الخط من الدم إلى الصلقة فيما إذا طاف محدثاً ومن البدة إلى الشاة إذا طاف جنباً (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام « الطواف بالبيت صلاة ») روى اليرملى عن ابن عباس رضى الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « الطواف بالبيت صلاة إلا أنكم تتكلمون فيه ، فن تكلم لا يتكلم إلا بغيره . وجه الاستدلال أنه تشبيه في الحكم بتدليل الاستثناء من الحكم في قوله إلا أنكم تتكلمون فيه فن تكلم ، فكانه قال هو مثل الصلاة في حكمها إلا في جواز الكلام فيصير ماسوي الكلام داخل في الصلوة ومنه اشتراط الطهارة . واستدل ابن الجوزي

لا يعتد به) ولا يغير بشيء (لقوله صلى الله عليه وسلم « الطواف بالبيت صلاة ») وجه الاستدلال أنه صلى الله عليه وسلم شبه الطواف بالصلاة وليس بين ذاتهما من مشابهة لأن ذات الطواف وهو الدوران مما ينتفي به ذات الصلاة ، فيكون المراد أن حكمه حكم الصلاة ومن حكمها عدم الاعتداد بدون الطهارة (ولنا قوله تعالى - وليطوفوا بالبيت العتيق -) ووجه الاستدلال أن الله تعالى أمر بالطواف وهو الدوران حول الكعبة من غير قيد الطهارة فلم يكن فرضاً بالآية ، ولا تجوز الزيادة عليه بغير الواحد لأنها نسخ (ثم قيل هي سنة) وهو قول ابن شجاع (والأصح أنها واجبة) وهو قول أبي بكر الرازي (لأنه يجب بتركها الجابر) وهو إما الدم على ما قال به بعض مشايخ العراق أو الصلقة كما ذكره في الكتاب وهو مروى عن محمد ، وكل ما كان يجب بتركه جابر فهو واجب (ولأن الخبر يوجب العمل) دون العلم (فيثبت به الوجوب) دون القرصية . قال (فإذا شرع في هذا الطواف) دليل على وجوب الصلاة على تقدير كونها سنة ، وذلك لأن الشروع في النفل ملزم في الحسب بالاتفاق فيصير الطواف واجباً (ويدخله نقص بترك الطهارة فيجبر بالصلقة إظهاراً لدنو رتبته عن الواجب يلزمه الله تعالى وهو طواف الزيارة) وفيه بحث من وجهين : أحدهما أن دخول النقص بتركها على تقدير كونها سنة من حيز النزاع فلا يؤثر في الدليل

(قال المصنف : ولنا قوله تعالى - وليطوفوا بالبيت العتيق -) أقول : المأمور به في الآية هو طواف الزيارة على ما سبق لأمام طواف القدوم فإنه دالة على عدم اشتراط الطهارة في طواف القدوم ؟ والجواب أنه يعلم من ذلك بطريق الدلالة والأولوية فيتمثل (قوله تعالى فإذا شرع في هذا الطواف دليل) على قوله : وفيه بحث من وجهين (أقول : فيه بحث ، بل ما ذكره جواب ماضى يورد ههنا من أن طواف القدوم سنة لو ترك لا يلزم فيه ، فأقول أنه لا يلزم بترك الطهارة فيه ، وظهر بما ذكرنا أنه لا وجه لما قاله الشارح على تقدير كونها سنة إذ ليس بناء الكلام على متونية الطهارة بل على متونية الطواف ، ويتحقق معه الأول فقلل لفته كلامه وإن شأنا من سبوتناه .

بما في الصحيحين عن عائشة رضي الله عنها أنها حاضمت فقال لها عليه الصلاة والسلام : اقضي ما يقضي الحاج غير أن لا تطوق بالبيت ، قرب منع الطواف على انتهاء الطهارة ، وهذا حكم وسبب ، وظاهر أن الحكم يتعلق بالسبب فيكون المنع لعدم الطهارة لا لعدم دخول المسجد للحائض. ولنا في الجواب عن الأول طريقان : أحدهما ينتظم الجواب عن هذا ، وهو تسليم أنه تشبيه في الحكم لكنه خبر واحد لو لم يلزم نسخه لإطلاق كتاب الله تعالى لثبت به الوجوب لا الافتراض لاستلزامه الإنكار بحمله مقتضاه ، وليس ذلك لازم مقتضاه بل لازمه التفسير به . فكيف ولو ثبت به الافتراض الطهارة كان ناصيا له ، إذ قوله تعالى : وليطوفوا - يقتضي الخروج عن صهته بالبوران حول البيت مع الطهارة وعلمها ، فجعله لا يخرج مع علمها نسخ لإطلاقه وهو لا يجوز فربنا عليه موجه من إثبات وجوب الطهارة حتى أثبتا بتركها وألزمنا الجابر ، وليس مقتضى خبر الواحد غير هذا لا الاشتراط المنقضي إلى نسخ إطلاق كتاب الله تعالى ، ويؤيد انتهاء الاشتراط ما ذكره الشيخ تقي الدين في الإمام . روى سعيد ابن منصور : حدثنا أبو عوانة عن أبي بشر عن عطاء قال : حاضمت امرأة وهي تطوف مع عائشة أم المؤمنين فأتمت بها عائشة سنة طوافها . وقال روى أحمد بن حنبل : حدثنا محمد بن جعفر عن شعبة قال : سألت أباها ومنصورا عن الرجل يطوف بالبيت على غير طهارة فلم يروا به بأسا . وقد انتظم ما ذكرناه الجواب عما أورده ابن الجوزي . ثانيهما منع ذلك التكرير ، ونقول : بل التشبيه في الثواب لا في الأحكام . ونقوله إلا أنكم تتكلمون فيه كلام متقطع مستأنف بيان لإباحة الكلام فيه وجب المصير إلى هذا ، لأنه لو كان كما قالوا لكان المشي ممتنعا لدخوله في المصير ، وكان الشيخ رحمه الله استشعر فيه منعا وهو أن يقال : المشي قد علم إخراجه قبل التشبيه فإن الطواف نفس المشي ، فحيث قال صلاة فقد قال المشي الخاص كالصلاة فيكون وجه التشبيه ماسوي المشي فلما اقتصر على الأول لكن يبقى الانحراف مؤيدا للوجه الثاني . فإن قيل : الأصح هو الأول لأن الوجوب ثابت عندنا ولا بد له من دليل ، وحله على الوجه الثاني ينفيه ، وما أورده ابن الجوزي ظاهر فيه ، والحديث المذكور يحمله على الوجه الأول فوجب المصير إليه ، ونفي الانحراف أيضا بإجماع المسلمين وباتفاق رواة مناسكه عليه الصلاة والسلام أنه جعل البيت عن يساره حين طواف ، ولاختباره وجب ستر العورة في الطواف ، فلو طاف مكشوف العورة لزم الذم إن لم يعلمه ، فالجواب لو كان الأول هو المختار لكان مقتضاه وجوب طهارة الثوب والبدن فيه لكنهم صرحوا بعدم وجوبها . وفي البدائع أنها ليست بشرط الإجماع ، فلا يفترض تحصيلها ولا يجب لكنه سنة ، حتى لو حلف وحل ثوبه بنجاسة أكثر من قدر الدرهم لا يلزمه شيء ولكنه يكرهه . فيحمل الحديث على أن التشبيه في الثواب ، ويضاف لإيجاب الطهارة عن الحدث إلى ما أورده ابن الجوزي ، وإيجاب ستر العورة إلى قوله عليه

والثاني أنه مقوض بالصلاة النافلة ، فإنه إذا دخلها قصص تجبر بسجدة الصبر كما ينجر القرض بها ولم يظهر دنو رتبة النفل عن رتبة القرض فيها فليكن ههنا أيضا كذلك . والجواب عن الأول أن ترك السنة يوجب قصا وينجر بالكفارة ، ألا ترى أن من أقاض من عرفات قبل الإمام وجب عليه دم . قال محمد رحمه الله لأنه ترك سنة الدفع . وعن الثاني بأن الشرع جعل الجابر في الصلاة نوعا واحدا فلا مصير إلى غيره وفي الحج جملة متروعا فأمكن المصير إلى ماتين به رتبة النفل عن القرض ، وهذا كله على رواية القنورى اختارها المصنف ، وأما على ما ذكره الطحاوي وشرح الإسلام أنه إذا طاف طواف التمتع محدثا فلا شيء عليه لأنه لو تركه أصلا لم يجب عليه

(ولو طاف طواف الزيارة محدثا فعليه شاة) لأنه أدخل النقص في الركن فكان أفحش من الأول. فيجبر بالدم (وإن كان جنباً فعليه بدنة) كما روى عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما ، ولأن الجنابة أغلظ من الحدث فيجب جبراً نقصانها بالبدنة إظهاراً للتفاوت ، وكلنا إذا طاف أكثره جنباً أو محدثاً ، لأن أكثر الشيء له حكم كله (والأفضل أن يعيد الطواف مادام بمكة ولا ذبح عليه) وفي بعض النسخ : وعليه أن يعيد .

الصلاة والسلام « ألا لا يحج من بعد العام مشرك ولا يطوف بالبيت عريان » قال محمد رحمه الله : ومن طاف تطوعاً على شيء من هذه الوجوه فأحجب إلينا إن كان بمكة أن يعيد الطواف ، وإن كان قد رجع إلى أهله فعليه صلعة سوى الذي طاف وعلى ثوبه نجاسة . وهذا وما ذكر في بعض النسخ من أن في نجاسة البدن كله الدم لا أصل له في الرواية ، والله أعلم . وقد يقال : فلم لم تلحق الطهارة عن النجس بالطهارة عن الحدث وهو الأصل المنصوص عليه . قياساً أو بستر العورة ، وليس هذا قياساً في إثبات شرط بل في إثبات الوجوب . وقد يجاب بمحصل ما في الميسوط من أن حكم النجاسة في الثوب أخف حتى جازت الصلاة مع قليل النجاسة في الثوب ومنع كثيرها حالة الضرورة فلا يتمكن بنجاسة الثوب نقصان في الطواف وهذا يخص الفرق بطهارة الحدث دون الستر ، ثم أفاد فرقاً بين الستر وبينه بأن وجوب الستر لأجل الطواف أعلا من قوله عليه الصلاة والسلام « ألا لا يحج من بعد العام مشرك ولا يطوف بالبيت عريان » بسبب الكشف يتمكن نقصان في الطواف واشتراط طهارة الثوب ليس للطواف على الخصوص فلا يتمكن بتركه نقصان فيه ، ولم يبين الجهة المشاركة للطواف في سببية المنع ، وأفادها في البدائع فقال : المنع من الطواف مع الثوب النجس ليس لأجل الطواف بل لصيانة المسجد عن إدخاله النجاسة وصيانته عن التلوّث فلا يوجب ذلك نقصاً في الطواف فلا حاجة إلى الجبر إلا أنه نفى سببية الطواف بالكلية . وقوله المنع من الطواف مع الثوب النجس إما أن يكون معناه أنه لو كان منع لكان لصيانة المسجد ، أو أن المنع ثابت مع النجاسة ولذا تنفّت الكراهة به إلا أنه لا يبلغ إلى الوجوب فلا يمتنع وجوب الجابر ، والله سبحانه أعلم . ولم يكن في ظاهر الرواية تنصيص سوى على الثوب ، والتعليل يفيد تميم البدن أيضاً (قوله فكان أفحش) فإن قيل : لم يختلف الجابر في الفرض والنفل في الطواف دون الصلاة ؟ فالجواب أن الأصل أن يختلف الجابر باختلاف الجنابة اعتباراً للمسبب على وزان سببه فلا يترك إلا لتعلل الشرعي ، وقد أمكن في الحج لشرع الجابر فيه متنوعاً إلى بدنة وشاة وصلعة فاعتبر تفاوت الجابر بتفاوت الجنابة وتعلل في الصلاة إذ لم يشرع الجابر للنقص الواقع

شيء فكان إذا أتى به محدثاً فلا يحتاج إلى شيء من هذه التكاليف (ولو طاف طواف الزيارة محدثاً فعليه شاة لأنه أدخل النقص في الركن) وإدخال النقص في الركن أفحش من إدخاله على الواجب (وإن كان جنباً فعليه بدنة) وكلامه ظاهر . وقوله (لأن أكثر الشيء له حكم الكل) يعترض عليه بالمقتدرات الشرعية كالصوم والصلاة ونحوهما فإن الأكثر فيها لا يقوم مقام الكل وقد قدمنا الجواب عنه ، وتزيد ههنا بيانا وهو أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : من وقف بعرفة فقد تم حجه ، وليس ذلك إلا بإقامة الأكثر مقام الكل ، فإن الحج له فروض ثلاثة شوط وركتان ، وعند ما وقف فقد حصل منها اثنان وهو الشرط : أعنى الإحرام وأحد الركنين وليس في المقتدرات الشرعية مثله فلم يكن كذلك . وقوله (والأفضل أن يعيد الطواف مادام بمكة) وجه ذلك أن فيه تحصيل الجبران بما هو من نفسه فكان أفضل . وقوله (وفي بعض النسخ) يريد به نسخ الميسوط . وقوله (ثم إذا أعاده) يعني طواف الزيارة . وقوله (وإن أعاده بعد أيام النحر) إن هذه اللوصل . وقوله (لا ذبح عليه) بناء على أنه الطواف

والأصح أنه يؤمر بالإعادة في الحدث استحباباً وفي الجنابة إيجاباً لصحش نقصان بسبب الجنابة وقصوره بسبب الحدث : ثم إذا أعاده وقد طافه محملاً لا ذبح عليه وإن أعاده بعد أيام النحر لأن بعد الإعادة لا يبقى إلا شبهة النقصان ، وإن أعاده وقد طافه جنباً في أيام النحر فلا شيء عليه لأنه أعاده في وقته ، وإن أعاده بعد أيام النحر لزمه الدم عند أبي حنيفة رحمه الله بالتأخير على ما عرفت من منعه ، ولو رجع إلى أهله وقد طافه جنباً عليه أن يعود لأن النقص كثير فيؤمر بالعود استلزاماً له .

سواء إلا السجود (قوله والأصح أنه يؤمر بالإعادة في الحدث استحباباً) وإنما لم يؤمر مطلقاً كما هو تلك الرواية مع أن الطهارة في الطواف مطلقاً واجبة لأنه لم يتعين الطواف جباراً ، فإن الدم والصدقة مما يجبر بهما فالواجب - أحدهما غير عين واستحباب المعلن : أعني الطواف ليكون الجابر من جنس المجهور ، بخلاف ما إذا رجع إلى أهله ولم يطف فإن البعث بالشاة أفضل لأن النقصان كان يسيراً وفي الشاة تقع القفراء (قوله لا ذبح عليه : وإن أعاده بعد أيام النحر) إن هذه وضعية ، وعدم وجوب الشيء إذا أعاده بعد أيام النحر دليل أن العبرة للأول في الحدث ولأنه لو رجع عند أبي حنيفة رحمه الله دم للتأخير عن أيام النحر . وقوله في فصل الجنابة (١) وإن أعاده بعد أيام النحر لزمه الدم عند أبي حنيفة بالتأخير أخذه من الرازي أن العبرة في فصل الجنابة للطواف الثاني وينسخ الأول به ، وذهب الكرخي إلى أن المتبر الأول في التفضيل (٢) جيباً ، وصححه صاحب الإيضاح إذ لا شك في وقوع الأول معتداً به حتى حل به النساء ، وتقرير ما علم شرعاً باعتدائهما حال وجوده أولى : واحتدل الكرخي بما في الأصل : لو طاف بالعمره جنباً أو محملاً في رمضان وحج من عامه لم يكن متمتاً إن أعاده في شوال أو لم بعده ، واعتلته السرخسي في المبسوط بأنه إنما لم يكن متمتاً لوقوع الأمن له عن فساد العمرة ، فإذا أمن فسادها قبل دخول وقت الحج

الأول وإن كان يغير طهارة معتد به ، ولا لزم الدم على قول أبي حنيفة بالتأخير ، فإذا كان معتداً به بنقصان وقد أعاده لم يبق إلا شبهة النقصان وهي نقصان الطواف بالحدث وهي لا توجب شيئاً . وقوله « وإن أعاده وقد طاف جنباً » ظاهر . وقوله (وإن أعاده بعد أيام النحر لزمه الدم) أي الشاة لأن البلدة مقطعت بالإعادة بالاضحاق ، وإنما هذا دم يلزمه على قول أبي حنيفة لتأخير الطواف عن أيام النحر على ما عرفت من منعه أن من أخر تسكناً عن وقته يجب عليه الدم ، وهذا الذي ذكره إنما هو على اختيار أبي بكر الرازي رحمه الله في أن المعتد به من الطوافين إذا طاف الأول جنباً إنما هو الثاني وأن الأول ينسخ بالثاني ، إذ لو كان الأول لما لزمه دم التأخير لأن الأول مؤدى في وقته ، بخلاف ما إذا طاف الأول محملاً فإن المعتد به هو الأول لقلة النقصان فكان الثاني جباراً للنقصان المتمكن فيه . فإن قيل : فما تقول في معتمر طاف لعمرته في رمضان جنباً ثم أعاد طوافه في أشهر الحج وحج من عامه ذلك فإنه لا يكون متمتاً ، قاله محمد رحمه الله في الكتاب ، ولو كان المعتد به هو الثاني لكان متمتاً . أجيب بأن المعتمر لما طاف في رمضان وهم الأمن عن فساد العمرة ، وإذا أمن فسادها قبل وقت الحج لا يكون متمتاً ، فإن قيل : التحلل يحصل بالطواف الأول فيكون هو المعتد به . أجيب بأن الأول مراعى الحكم لتضحش النقصان فيه ، فإن أعاده انسخ الأول واعتد بالثاني ولا كان هو المعتد به في التحلل . وقوله (ولو رجع إلى أهله) ظاهر

(١) (قوله الجنابة) بالياء الموحدة بالياء المبنية كما لا يخفى .

(٢) (قوله في التفضيل) أي فصل الجنابة وفصل الحديث ، وكلما ينظر العلامة المحقق الشيخ البحر في حقه الله في كتابه جيباً .

ويعود بإحرام جديد . وإن لم يعد وبعث بدنة أجزأه لما بينا أنه جابر له ، إلا أن الأفضل هو العود . ولورجع إلى أهله وقد ظفاه محدثاً إن عاد وطاف جاز ، وإن بعث بالشاة فهو أفضل لأنه خف معنى التقصان وفيه نفع للفقراء ولو لم يطف طواف الزيارة أصلاً حتى رجع إلى أهله فعليه أن يعود بذلك الإحرام لانعدام التحلل منه وهو محرم عن النساء أبداً حتى يطوف (ومن طاف طواف الصلوة محدثاً فعليه صلوة) لأنه دون طواف الزيارة ، وإن كان واجباً فلا بد من إظهار التفاوت ، وعن أبي حنيفة أنه يجب شاة ، إلا أن الأول أصح (ولو طاف جنباً فعليه شاة) لأنه نقص كبير ، ثم هو دون طواف الزيارة فيكتفى بالشاة (ومن ترك من طواف الزيارة ثلاثة أشواط فادونها فعليه شاة)

لا يكون بها متمماً . قال : والطواف الأول كان حكمه مراعى لتفاحش التقصان ، فإن أعاده انفسخ وصار المحدث به الثاني ، وإن لم يعد كان معتداً به في التحلل ، كن قام في صلاته ولم يقرأ حتى رجع كان قيامه وركوعه مراعى على سبيل التوقيف ، فإن عاد فقرأ ثم رجع انفسخ الأول ، حتى إن من أدرك معه الركوع الثاني مدرك للركعة ، وإن لم يعد فقرأ في الركعتين الآخرين كان الأول معتداً به ، وهذا بخلاف المحدث لأن التقصان يسير فلا يتوقف به حكم الطواف بل بقي معتداً به على الإطلاق . والثاني جابر التمكن فيه من التقصان ، ولو طافت المرأة للزيارة حائضاً فهو كطواف الجنب سواء أء ، وقول الكرخي أولى ، وجعل عدم التمتع في شاهده للأمن عن فساد العمرة قبل أشهر الحج ليس بأولى من جعل الدم لتأخير الجابر لجعله كنفس الطواف بسبب أن التقصان لما كان متفاحشاً كان كتركه من وجه فيكون وجود جابره كوجوده . أو نقول : الواجب عليه فعل الطواف في أيامه خالياً عن النقض التفاحش الذي ينزل منزلة الترك لبعضه ، فيدخله يكون موجبا لبعضه ووجب عليه البعض الآخر أسمى صفة الكمال ، وهو تكامل الصفة وهو الطواف الجابر فوجب في أيام الطواف ، فإذا أخره وجب دم كما إذا أخر أصل الطواف (قوله ويرجع بإحرام جديد) بناء على أنه حل في حق النساء بطواف الزيارة جنباً وهو آفاق يريد مكة فلا بد له من إحرام يبيح أومرة ، وقيل : يعود بذلك الإحرام ، حكاه الفارسي ، ثم إذا عاد فأحرم بعمره يبدأ بها ، فإذا فرغ منها بطوف الزيارة ويلزمه دم لتأخير طواف الزيارة عن وقته وقد تقدم . ولو طاف القارن طوافين وسعى سبعين محدثاً عاد طواف العمرة قبل يوم النحر ولا شيء عليه للجبر بنفسه في وقته ، فإن لم يعد حتى طلع فجر يوم النحر لزمه دم لطواف العمرة محدثاً وقد فات وقت القضاء ، ويرمل في طواف الزيارة يوم النحر ويسعى بعده استحياباً ليحصل الرمل والسعي عقيب طواف كامل ، وإن لم يعد لأشياء عليه لأنه سعى عقيب طواف معتداً به ، إذ المحدث الأصغر لا يمنع الاعتماد ، وفي الجنبات إن لم يعد فعليه دم للسعي وكذا الحائض (قوله ولو لم يطف طواف الزيارة أصلاً حتى رجع إلى أهله وقد ترك منه أربعة أشواط يعود بذلك الإحرام وهو محرم أبداً في حق النساء ، وكلما جامع لزمه دم إذا تعددت المجالس إلا أن يقتصر برفض الإحرام بالجماع الثاني وتقدم أوائل الفصل من ذلك شيء) (قوله ومن طاف طواف الصلوة الخ) ذكر في حكمه روايتين ، وقوله (إلا أن الأفضل هو العود) لما ذكرنا من كون الجابر من جنس المنيور وهو الطواف . وقوله (ولو رجع إلى أهله) ظاهر

(قال المصنف : ومن طاف طواف الصلوة محدثاً فعليه صلوة ، إل قوله : ولو طاف جنباً فعليه شاة) أقول : قال للعلامة الزيلعي : فإن قيل : فعل جابر من جنس الواجب والمثل فإنكم أوجبتم في طواف التقدم بدو أوجبتم في طواف الصدر . قلنا : طواف التقدم يجب بالشرع

لأن النقصان بترك الأهل يسير فأشبهه النقصان بسبب الحدث خلزمه شاة . فلورجع إلى أهله أجزأه أن لا يعود

وفيه رواية ثالثة هي رواية أبي حفص أنه يجب عليه الصلوة لأن طواف الجنب محتبه به حتى يتحل به إلا أنه ناقص ، والواجب بترك طواف الصلوة الدم فلا يجب بالنقصان ما يجب بالترك . والجواب أن مناط وجوب الدم كمال الجنابة وهو متحقق في الطواف مع الجنابة فيجب به كما يجب بتركه ، ولذا حققنا وجوب الدم بطواف القدم جنباً ، ولا يلزم بتركه شيء أصلاً لثبوت الجنابة في فعله جنباً وعلمها في تركه فالمدار الجنابة . فإن قلت : ذكر الشيخ في الفرق بين لزوم الدم في طواف الزيارة عمدتاً والصلوة في طواف القدم عمدتاً ، وإن كان فيه إدخال النقص في الواجب بالشروع أنه إظهار التفاوت بين ماوجب بإيجاب الله تعالى ابتداء وبين مايتعلق بوجوبه بإيجاب العبد ، وهذا الفرق ثابت بين طواف القدم والصلوة فلم اُخذ حكمهما ؟ فالجواب منع قيام الفرق فإن وجوبه مضاف إلى الصلوة التي هو فعل العبد كوجوب طواف القدم بفعله وهو الشروع ، ولهذا لو اُخذ مكة داراً لم يجب لعبد فعل الصلوة . وفي المحيط لو طاف للممرة جنباً أو عمدتاً فقبله شاة ، ولو ترك من طواف العمرة شوطاً فقبله دم لأنه لا تدخل للصلوة في العمرة (قوله يسير) لرجحان جانب الوجود بالكثرة . وعن هذا ماذكر من أن الركن عمدتاً هو الأربعة الأشواط والثلاثة الباقية واجبة لأن تركها يغير بالدم ، وإنما يجزى به الواجب ، وهذا حكم لا يعطل به لأنه محل النزاع إذ جبرها بالدم ممنوع عند من يخالف فيه وهم كثيرون ، بل جبرها به لإقامة الأكثر مقام الكل . وسبب اختصاص هذه العبادة به على خلاف الصلاة والصوم إذ لا مقام الأكثر منهما مقام الكل قوله عليه الصلاة والسلام : الحج عرفة ، ومن وقف بعرفات فقد تم حجه مع العلم ببقاء ركن آخر عليه ، وحكمتنا لهذا بالأمن من فساد الحج إذا تحقق بعد الوقوف مايفسده قبله ، فعلمنا أن باب الحج اعتبر فيه شرعاً هذا الاعتبار والطواف منه فأجربنا فيه ذلك ، وهذا هو الأوجه في إثبات الإقامة المذكورة . وإنما قلنا إن هذا الوجه أوجه لأن الوجه الآخر غير متبعض ، وهو أن المأمور به الطواف وهو يحصل مرة ، فلما فعله عليه الصلاة والسلام سبعة احتمل كونه تعديراً للكمال ولما لا يجرى أقل منه فيثبت التيقن من ذلك وهو أنه شرط للكمال أو للاعتناء ، ويقام الأكثر مقام الكل كإدراك الركوع يحصل شرعاً إدراكاً الركعة ، وكالتنية في أكثر النهار للصوم يحل شرعاً في كله . ولا يخفى أن المأمور به التطوف وهو أحسن . يقتضى زيادة تكلف ، وهو يحتمل كونه من حيث الإسراع ومن حيث التكرار ، فلما فعله عليه الصلاة والسلام متكرراً كان تنصيصاً على أحد المحتملين ، ثم وقوع التردد بين كونه للكمال أو للاعتناء على السواء . لا يستلزم كون التيقن كونه للكمال فإنه عمن تحكم في أحد المحتملين المتساويين ، بل في مثله يجب الاحتياط فيعتبر للاعتناء ليقع اليقين بالخروج عن المهمة ، وعلى اعتبار كونه للاعتناء يكون إقامة أكثره مقام كله متافياً له في التحقيق ، إذ كون السبع للاعتناء معناه أنه لا يجرى أقل منها . وإقامة الأكثر لازمه حصول الإجزاء بأقل من السبع فكيف يرتب لازماً على شيء وهو متاف للمزوم . ثم بتقديره فإثباته بإلحاقه بملوك الركوع والتنية باطل . أما إدراك الركعة بالركوع فيالشرح على خلاف القياس ، ولذا لم يقل بإجزاء ثلاث ركعات عن الأربع قياساً . وأما التنية فيعد أنه من رد المختلف إلى المختلف فإنا نعتبر الإيساءات السابقة على وجود التنية متوقفة على وجودها ، فإذا وجبت بأن ينوي أنه صائم من أول النهار تحقق

وقوله (لأن النقصان بترك الأهل يسير) إنما كان كذلك لأن جانب الوجود راجح .

فيه فاصبر يا . ونحن نقول نعم إلا أنه يجب بإصباح العبد فلا بد أن لا يسوى بينه وبين ما يجب بإصباح الله تعالى على ما ركنا لفعل .

ويبعث بشاة لما بينا (ومن ترك أربعة أشواط بقى محوما أبدا حتى يطوفها) لأن المتروكة أكثر فصار كأنه لم يطف أصلا (ومن ترك طواف الصدر أو أربعة أشواط منه فعليه شاة) لأنه ترك الواجب أو الأكثر منه، وما دام بمكة يؤمر بالإعادة إقامة للواجب في وقته (ومن ترك ثلاثة أشواط من طواف الصدر فعليه الصدقة، ومن طاف طواف الواجب في جوف الحجر، فإن كان بمكة أعاده) لأن الطواف وراء الحطيم واجب على ما قلناه. والطواف في جوف الحجر أن يدور حول الكعبة ويدخل الفرجين اللتين بينهما وبين الحطيم. فإذا فعل ذلك فقد أدخل نقصا في طوافه فما دام بمكة أعاده كله ليكون مؤديا للطواف على الوجه المشروع (وإن أعاد على الحجر) خاصة (أجزأه) لأنه تلافى ما هو المتروك وهو أن يأخذ عن يمينه خارج الحجر حتى ينتهي إلى آخره ثم يدخل الحجر من الفرجة ويخرج من الجانب الآخر هكذا يفعله سبع مرات (فإن رجع إلى أهله ولم يعده فعليه دم) لأنه تمكن نقصان في طوافه بترك ما هو قريب من الأربع ولا تجزئه للصدقة (ومن طاف طواف الزيارة على غير وضوء وطواف الصدر في آخر أيام التشريق طاهرا فعليه دم، فإن كان طاف طواف الزيارة جنيبا فعليه دم) عند أبي حنيفة رحمه الله (وقال عليه دم واحد لأن في الوجه الأول لم ينقل طواف الصدر إلى طواف الزيارة لأنه واجب، وإعادة طواف الزيارة بسبب الحدث غير واجب وإنما هو مستحب فلا ينقل إليه. وفي الوجه الثاني ينقل طواف الصدر إلى طواف الزيارة لأنه مستحق الإعادة فيصير تاركا لطواف الصدر مؤخرا لطواف الزيارة عن أيام النحر فيجب الدم بترك الصدر بالاتفاق وبتأخير الآخر على الخلاف، إلا أنه يؤمر بإعادة طواف الصدر مادام بمكة ولا يؤمر بعد الرجوع.

حرف ذلك الموقوف كله لله تعالى، فإذا تطلعت النية بالكل لوجودها في الأكثر لا بالأكثر، وكان سبب تصحيح تعلّقها بالكل من غير قرآن ووجودها بالكل المخرج اللازم من اشتراط قرآن ووجودها للكل بسبب النوم الحاكم على ما أسلفنا إرضاحه في كتاب الصوم وليس مانع فيه كذلك. وهذا وأما الوجه الأول فهو وإن كان أوجه لكنه غير سالم عما يذبح به، وذلك أن إقامة الأكثر في تمام العبادة إنما هو في حق حكم خاص وهو أمن الفساد والقوات ليس غير، ولذا لم يحكم بأن ترك ما بقى: أعنى الطواف يتم معه الحج وهو مورد ذلك النص، فلا يلزم جواز إقامة الأكثر بكل جزء منه مقام تمام ذلك الجزء وترك باقيه، كما لم يجز ذلك في نفس مورد النص: أعنى الحج، فلا ينبغي التحويل على هذا الحكم، والله أعلم، بل الذي ندب به أن لا يجزئ أقل من السبع ولا يجبر بمعه بشيء غير أننا نستمر معهم في التقرير على أصلهم هذا (قوله ويبعث بشاة) يعني عن الباقي من طواف الزيارة وبشاة أخرى

وقوله (لما بينا) إشارة إلى قوله لأنه خوف معنى التقصان وفيه تقع للقراء. وقوله (أو أربعة أشواط منه) يعني من طواف الصدر. وقوله (ومن ترك ثلاثة أشواط من طواف الصدر فعليه الصدقة) يعني لأظهار التفاوت بين ترك الأقل من طواف الصدر والأقل من طواف الزيارة، والمراد بالصدقة ههنا هو أن يكون لكل شوط منه نصف صاع من حنطة، والحاصل أن أكثر طواف الصدر بمنزلة أقل طواف الزيارة في وجوب الشاة، وإذا كان في أكثره شاة فلا بد أن يكون في أقله صدقة. قال (ومن طاف طواف الزيارة على غير وضوء) ما ذكر من المسألتين

(قال المصنف: فإن رجع إلى أهله ولم يمه عليه دم) أقول: في خروج الكثرة: ولم يجد إلى أهله ولم يمه الطواف يلزمه دم في الفرض لأن ترك شوط منه يوجب الدم، وهذا أول لأنه قريب من الأربع وإن كان في الواجب ينبغي أن تجب فيه لصدقة على ما قلناه. اهـ. فكل هذا يكون الواجب في قول المصنف ومن طاف الطواف الواجب بمنى الفرض.

على ما بينا (ومن طاف لعمرة وسعى على غير وضوء وحل فادام بمكة بعيدهما ولا شيء عليه) أما إعادة الطواف فليتمكن النقص فيه بسبب الخلل. وأما السعي فأنه تيج الطواف ، وإذا أعادها لانيء عليه لارتفاع النقصان (وإن رجع إلى أهله قبل أن يعيد فعليه دم) ترك الطهارة فيه ، ولا يؤمر بالعود لو وقع التحلل بأداء الركن إذ النقصان يسير ، وليس عليه في السعي شيء لأنه أتى به على أثر طواف معتد به ، وكلما إذا أعاد الطواف ولم يعد السعي في الصحيح

ترك طواف الصلر ، وهذا لأن بحث أشاة ترك بعض طواف الزيارة لا يتصور إلا إذا لم يكن طاف الصلر ، فإنه لو طاف للصلر انتقل منه إلى طواف الزيارة ما يكله ثم ينظر في الباقي من طواف الصلر إن كان أقله لزمه صدقة له وإلا فدم ، ولو كان طاف للصلر في آخر أيام التشريق وقد ترك من طواف الزيارة أكثره كل من الصلر ولزمه دمان في قول أبي حنيفة : دم لتأخير ذلك ، ودم آخر تركه أكثر الصلر ، وإن كان قد ترك أقله لزمه التأخير دم وصدقة للمترك من الصلر مع ذلك الدم . وجهه أن عليه في ترك الأقل من طواف الزيارة دما ، وفي تأخير الأقل صدقة ، وفي ترك الأكثر من طواف الصلر دم ، وفي ترك أقله صدقة . ومعنى هذا النقل ما تقدم من أن طواف الزيارة ركن عبادة ، والثانية ليست بشرط لكل ركن إلا أنه يستقل عبادة في نفسه فشرط له نية أصل الطواف دون التعمين . فلو طاف في وقت ينوي التلر أو النقل وقع عنه ، كما لو نوى بالسجدة من الظهر النقل لغت نيته ووقعت عن الركن وإن تولى الأضواط ليس بشرط لصحة الطواف ، كمن خرج من الطواف لتجديده وضوء فقبل ثم رجع بنى (قوله وليس عليه ترك السعي شيء) حلف على قوله فعليه دم ، والمراد ليس عليه ترك جابر السعي شيء : أي لا يجب باعتبار مجرد السعي محلتا شيء لأنه لا يجب الطهارة فيه ، بل الواجب فيه الطهارة في الطواف الذي هو عقيبها وقد جبر ذلك بالدم إذ قوت ، وقدمنا أن شرط جواز السعي كونه بعد أكثر طواف ، والله أعلم . وما في البائع من قوله لا يشترط له الطهارة لأنه نسك غير متعلق بالبيت ، إلا أنه يشترط أن يكون

والفرق بينهما واضح . وفائدة نقل طواف الصلر إلى طواف الزيارة مقوطة البدة عنه ، وهما هنا أصل وهو أن كل من وجب عليه طواف وأتى به في وقت وقع عنه سواء نواه بعينه أو لم ينوه أو نوى به طوافا آخر ، فله دم إذا دخل مكة فطاف ولم ينو شيئا أو نوى التطوع ، فإن كان معتمرا وقع عن العمرة وإن كان حاجا وقع عن طواف القدوم ، وإن كان قارا ناكأن الطواف الأول للعمرة ثم ما بعده الحج سواء نوى التطوع أو طوافا آخر ، وإنما كان كذلك لأن الإحرام قد انقضى لأدائه ، فإذا أتى به وقع عن المستحق ولم يتغير بنيته ، كما إذا سجد ينوي به طوعا لم يتغير بنيته ووقت السجدة مما هو مستحق عليه . وقوله (على ما بينا) إشارة إلى قوله ومن ترك طواف الصلر أو أربعة أشواط منه فعليه شاة ، إلى قوله وما دام بمكة يؤمر بالإعادة . وقوله (ومن طاف لعمرة وسعى على غير وضوء) واضح . وقوله (وأما السعي) يعني إنما يعيد السعي وإن لم يغفر إلى الطهارة لعدم ورود ما ورد في الطواف من النص فيه لكونه تابعا للطواف لأنه لا يعد قربة بدون الطواف . وقوله (وليس عليه في السعي شيء) مطوف على قوله فعليه دم . وقوله (وكلما إذا أعاد الطواف ولم يعد السعي) يعني ليس عليه شيء . وقوله (في الصحيح) احتراز عما قال بعض المشايخ إذا أعاد الطواف ولم يعد السعي كان عليه دم لأنه لما أعاد الطواف فقد نقص الطواف الأول ، فإذا انتقض ذلك حصل السعي قبل الطواف فلا يعتد به فيكون تاركا للسعي فيجب عليه الدم . ووجه الصحيح وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي والإمام المحيوي والمصنف وجمهورهم الله أن الطهارة ليست بشرط في السعي ، وإنما الشرط

الطواف على طهارة من الجنابة والحيض ، إلى أن قال : والحاصل أن حصول الطواف على الطهارة عن الحيض والجنابة من شرائط جواز السعي تساهل وهذا بالاتفاق ، بخلاف ما إذا أعاد الطواف وحده ذكر فيه الخلاف وصحح عدم الوجوب وهو قول ثميس الأئمة والمصنوع . وذهب كثير من شارحي الجامع الصغير إلى وجوب الدم بناء على انقاسخ الأول بالتثني وإلا كانا فرضين أو الأول فلا يعتد بالتثني ولا قتل به فيلزم كون المعتبر الثاني فضيئاً . وقع السعي قبل الطواف فلا يعتد به ، بخلاف ما إذا لم يعد فإنه لا يوجب انقاسخ الأول . والجواب منع الحصر بل الطواف الثاني معتد به جابر كالمسلم ، والأول معتد به في حق الفرض ، وهذا أسهل من التمسك خصوصاً وهو نقصان بسبب الحدث الأصغر ، ومن واجبات الطواف ستر العورة والمشى ، وأن لا يكون منكوماً بأن يجعل البيت عن يمينه لا يساره . وكلها وإن تقدم ذكرها لكن لا قصداً بل في ضمن التعاليل . أما الستر فلما تقدم من قوله عليه الصلاة والسلام : « ألا لا يطوف بهذا البيت بعد العام مشرك ولا عريان » وأما المشى فلأن الراكب ليس طائفاً حقيقة بل الطائف حقيقة مركوبه وهو في حكمه إذ كان حركته عن حركة المركوب ، وطوافه عليه الصلاة والسلام راكباً فيها ركب فيه قدم ما روى فيه من كلام الصحابة أنه كان ليظهر فيقتدى بفعله وهذا علر أي علر ، فإنه كان مأموراً بتعليمهم ، وهذا طريق ما أمر به فيباح له . ونحن نقول : إذا ركب من علر فلا شيء عليه وإلا أعاده وإن لم يعلم لزمه دم ، وكلنا إذا طاف زحفاً . ولو نذر أن يطوف زحفاً وهو قادر على المشى لزمه أن يطوف ماشياً لأنه نذر العبادة بوجه غير مشروع فلفت وبقي النذر بأصل العبادة كما إذا نذر أن يطوف للحج بلا طهارة ، ثم إن طاف زحفاً أعاده ، فإن رجع إلى أهله ولم يعلم فعليه دم لأنه ترك الواجب كلها ذكر في الأصل . وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي أنه إذا طاف زحفاً أجزاء لأنه أدى ما أوجب على نفسه كمن نذر أن يصل في أرض مفصولة أو يصوم يوم النحر فإنه يجب عليه أن يصل في موضع آخر ويصوم يوماً آخر ، ولو صلى في المفصولة أو صام يوم النحر أجزاءه وخرج عن عبدة النذر ، كلها هذا ، هكذا حكى في البدائع . وهو يقتضي أن المذكور في شرح القاضي مختلف لما في الأصل ، وليس كذلك إلا لو صرح بنفي الدم وهو لم يذكر سوى الأجزاء ، وما في الأصل لا ينبغي ، ولو كان خلافاً كان ما في الأصل هو الحق لأن الأصل أن العبادة متى شرع فيها جازر لتفويت شيء من واجباتها فتوت وجب الجبر ، وإن كان لو لم يجرى صحت كالصلاة بالسجدة في السهو وبالإعادة في العمد ، فقد قلنا : كل صلاة أدت مع كراهة التحريم يجب إعادتها ، وباب الحج لما تحقق فيه ذلك فيجب الجبر أولاً بمنسه إذا فوت واجبه ، فإن لم يعد وجب الجابر الآخر وهو الدم ، بخلاف الصوم فإنه لم يتحقق فيه جبر ، وبخلاف الصلاة في الأرض المفصولة فإن عدم حمل الصلاة فيها ليس من واجبات الصلاة بل الواجب عدم الكون فيها مطلقاً في الصلاة وغيرها . وأما جعل البيت عن يساره فاختلف فيه ، والأصح الوجوب بفعله عليه الصلاة والسلام كذلك على منبيل المواظبة من غير ترك في الحج وجميع عمره مع ما ذكرنا أن ما فعله عليه الصلاة والسلام في موضع التعليم يجعل على الوجوب إلى أن يقوم دليل على عدمه خصوصاً اقتراح ما فعله في الحج بقوله : « خلوا عني متأسككم » فعليه أن يعيد ، فإن لم يعد حتى رجع إلى أهله لزمه دم . وأما الاقتراح من الخنجر ففي ظاهر الرواية هو سنة يكره تركها . وذكر محمد في الرقيات : لا يعتد بذلك الشرط إلى أن يصل إلى فيه أن يكون على إثر طواف معتد به ، وطواف المحدث كذلك ولهذا يتحمل به ، فإذا أتى به مع تقدم الشرط عليه حصل المقصود ، لأن أعاد تبعاً للطواف فهو أفضل وإلا فلا شيء عليه .

(ومن ترك السعي بين الصفا والمروة فعليه دم وحجه تام) لأن السعي من الواجبات عندنا فيلزم بركة الدم دون القصد (ومن أفاض قبل الإمام من عرفات فعليه دم) وقال الشافعي رحمه الله : لا شيء عليه لأن الركن أصل للوقوف فلا يلزمه بترك الإطالة شيء . ولنا أن الاستدامة إلى غروب الشمس واجبة لقوله عليه الصلاة والسلام « فادفوا بعد غروب الشمس » فيجب بركة الدم بخلاف ما إذا وقف ليلا لأن استدامة الوقوف على

الحجر فيعتبروا ابتداء الطواف منه ، وقتلنا فيما سلف أنه ينبغي أن يكون واجبا إذا لافق بينه وبين جعل البيت عن يناره في الدليل ، وجعل البيت عن يسار الطائف واجب ، فكلما ابتداء الطواف من الحجر واجب ألبتة (قوله ومن ترك السعي بين الصفا والمروة فعليه دم وحجه تام) لأن السعي من الواجبات عندنا ، وقد تقدم نصب الخلاف فيه مع الشافعي وغيره ، وأقمنا دليل الوجوب وأبطلنا ما جعله ذليلا للركنية فارجع إليه في أثناء باب الإحرام . قال في البدائع : وإذا كان السعي واجبا فإن تركه لعذر فلا شيء عليه ، وإن تركه لعذر لم يلزمه دم لأن هذا حكم ترك الواجب في هذا الباب . أصله طواف الصدر ، وأصل ذلك ما روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال : « من حج هذا البيت فليكن آخر عهد له بالبيت الطواف » وبخص الحصى فأسقطه للعذر ، وعلى هذا فالزام الدم في الكتاب بترك السعي بحمل على علم العذر ، وكلما يلزم الدم بترك أكثره ، فإن ترك ثلاثة أشواط منه لزمه صدقة : أي يطعم لكل شوط مسكينا نصف صاع من بر أو قيمته إلا أن يبلغ ذلك مما فهو بالخيار ، وكما يلزمه بتركه الدم فكل ذلك يلزم بركوبه فيه من غير عذر إلا إن ركب لعذر ، وتقدم في الهداية أن في ترك الوقوف بمزدلفة تغير عذرهما لالعذر (قوله ومن أفاض قبل الإمام) قد تركنا مواضع من هذا الفصل لأنها مفصلة وأضحة في الكتاب فراجع فيه . ثم الأول أن يقول قيل أن يقرب الشمس لأنه المدار إلا أن الإفاضة من الإمام لما لم تكن قط إلا على الوجه الواجب أعني بعد الغروب وضع المسألة باعتبارها ، وأشار في الدليل إلى خصوص المزدقوله : ولنا أن الاستدامة إلى غروب الشمس واجبة . والحديث الذي ذكره وهو قوله عليه الصلاة والسلام « فادفوا بعد غروب الشمس » غريب ، ولا شبهة في أنه عليه الصلاة والسلام دفع بعد غروب الشمس . ويمكن أن يقال : كل ما وقع من قوله عليه الصلاة والسلام في الحج يحمل على الوجوب إلا أن يقوم دليل خلافه لقوله عليه الصلاة والسلام « خلوا عني مناسككم » وأيضا ما تقدم من حديث الحاكم عن المسور « خطبتنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : أما بعد ، فإن أهل الشرك كانوا يلبغون من هذا الموضع إذا كانت الشمس على رؤوس الجبال مثل عمام الرجال في وجوها ، وإنما نلغ بعد أن تغيب ، فإن هذا السوق فيغد الوجوب بأقن تأمل فيه : ومسائل الإفاضة قبل الغروب ذكرناها في بحث الوقوف بمزدلفة فارجع إليها تستضيئ عن إعادتها هنا . وقوله (ومن ترك السعي) ظاهر . وقوله (ومن أفاض قبل الإمام من عرفات فعليه دم) قال في النهاية : كان من حق الرواية أن يقال : ومن أفاض قبل غروب الشمس فعليه دم لما أن المحذور عليه الإفاضة قبل غروب الشمس . وأقول : قوله هذا يستلزم ذلك لأن الاستدامة إذا كانت واجبة إلى غروب الشمس فالإفاضة قبل الإمام لا تكون إلا قبل الغروب لأن الظاهر أن الإمام لا يترك ما وجب عليه من الاستدامة . وقوله (بخلاف ما إذا وقف ليلا) متصل بقوله ولنا أن الاستدامة إلى غروب الشمس واجبة . فإن قيل : قوله عليه الصلاة والسلام « من وقف بمزدلفة ليلى أو نهار فقد أدرك الحج » يقتضي أن لا يكون

(قوله بالإفاضة قبل الإمام لا تكون إلا قبل الغروب) أقول : يجوز أن يفرض بعد الغروب قبل الإمام ، إذ لا يجب على الإمام أن يفرض مع الغروب . بحيث لا يمتثل بين الإفاضة والغروب زمان ما مع أنه لا يلزم على ذلك للعذر بعد الغروب قبل الإمام فيه ، ويقتضي ظاهر الكتاب

من وقف نهاراً لا ليلاً ، فإن عاد إلى عرفة بعد غروب الشمس لا يسقط عنه الدم في ظاهر الرواية ، لأن المتروك لا يصير مستلوكاً . واختلفوا فيها إذا عاد قبل الغروب (ومن ترك الوقوف بالزدلفة فعليه دم) لأنه من الواجبات (ومن ترك رمي الجمار في الأيام كلها فعليه دم) لتحقق ترك الواجب ، ويكفيه دم واحد لأن الجلس متحد كما في الحلقي ، والترك إنما يتحقق بغروب الشمس من آخر أيام الرى لأنه لم يعرف قربة إلا فيها ، وما دامت الأيام باقية فالإعادة ممكنة فيرميها على التأليف ثم بتأخيرها يجب الدم

وقوله في ظاهر الرواية يحرز به عما قلناه هناك من رواية ابن شجاع (قوله واختلفوا فيها إذا عاد قبل الغروب) ذكر الكرخي أنه يسقط لأن الواجب الإفاضة بعد الغروب وقد وجد وتقدم ماعليه وجوابه وأنه الحق فارجع إليه (قوله كما في الحلقي) حيث يجب دم واحد يخلق شعر كل البدن في مجلس واحد لاتحاد الجنبانية باتحاد الجلس ، فكذلك ترك رمي الجمار في كل الأيام يلزمه به دم واحد (قوله والترك إنما يتحقق بغروب الشمس من آخر أيام الرى) وهو آخر أيام التشريق وهو اليوم الثالث عشر من ذي الحجة ولا يبقى في ليلة الرابع عشر بخلاف البايلي التي تتلو الأيام التي قبلها ، وتقدم بيان ذلك في بحث الرى . وقوله فيرميها على التأليف : يعنى على الترتيب كما كان يرتب الجمار في الأداء . وأعلم أن إطلاق إلزام الدم والصلقة بترك الرى على الاتفاق فيها إذا لم يقضه ، أما إن قضى رى اليوم الأول في الثاني أو الثالث أو الثاني في الثالث ، فالإيجاب على قول أبي حنيفة رحمه الله لأعلى قولهما ، لأن

الامتداد شرط لا في الليل ولا في النهار فكيف جعلتم شرطاً في النهار دون الليل ؟ قلت : ترك ظاهره في حق النهار بقوله صلى الله عليه وسلم « فادفعوا بعد غروب الشمس » فبقى الليل على ظاهره (وإن عاد إلى عرفة بعد غروب الشمس لا يسقط عنه الدم في ظاهر الرواية) وروى ابن شجاع عن أبي حنيفة أنه يسقط عنه الدم لأنه استلوك ما فاتته لأن الواجب عليه الإفاضة بعد الغروب وقد أتى به ، فكان كمن جاوز الميقات حلالاً ثم عاد إلى الميقات وأحرم . وجه الظاهر ما ذكره في الكتاب أن المتروك لا يصير مستلوكاً ، معناه أن المتروك سنة الدفع مع الإمام وذلك ليس بمستلوك بعده وحده لأحالة . وإذا عاد قبل غروب الشمس حتى أفاض مع الإمام بعد غروبها فقد اختفوا فيه : فهم من قال : لا يسقط عنه الدم لأن استدامة الوقوف قد انقطعت ولا يمكن تداركها فبقى عليه الدم . ومنهم من قال : يسقط لأنه استلوك سنة الدفع مع الإمام . قال (ومن ترك الوقوف بالزدلفة) قد تقدم أن الوقوف بالزدلفة ورمى الجمار من الواجبات ، فإذا تركهما يجب عليه الدم ، لكن إذا ترك رمي الجمار في الأيام كلها وحى أربعة أيام : نحر خاص وتشريق خاص ويومان بينهما نحر وتشريق يكفيه دم واحد . وقال بعض المشايخ : يلزمه بترك رمي كل يوم من لأن الجنبانية وإن كانت جنساً واحداً لكن في مجالس مختلفة فكان كمن قص أظافر يديه ورأسه في مجالس مختلفة كما تقدم . ووجه ما في الكتاب ما ذكره فيه بقوله (لأن الجلس متحد) وكل ما كان كذلك لا تعدد فيه الكفارة (كما في الحلقي) فإنه إن حلق شعر البدن كله يلزمه دم واحد ، وإن كان يلزمه دم واحد لو اقتصر على حلق الرأس أو ربه . وقوله (والترك إنما يتحقق بغروب الشمس من آخر أيام الرى) جواب ما قال ذلك البعض من المشايخ أن المجالس مختلفة . ووجه ذلك أن أيام الرى كلها زمان واحد للرى فلم يتحقق هناك اختلاف المجلس (لأنه لم يعرف قربة إلا فيها) على خلاف التماس فلا يتحقق الترك مادام فيها كالتصحية في أيام النحر (فيرميها على التأليف) أى على الترتيب الذى شرع مادامت الأيام باقية ، بخلاف قص الأظافر فإن تركه ليس بموقت بزمان فيتحقق فيه اختلاف المجلس (ثم بتأخيرها) عن هذه الأيام (يجب الدم) وهو شاة .

أن يلزمه ، فإراد صاحبها النهاية على حاله (قوله قلت ترك ظاهره الخ) أقول : لا تبطل ذلك ، فإن إنداك الحج غير مشروط بالاستدامة بل المشروط بها تمامه ، فليس بظاهره . بتركها فبطل (قوله أن المتروك سنة الدفع مع الإمام) أقول : بل واجب الدفع بعد الغروب ، وإنما

عند أي حنيفة خلافا لهما (وإن ترك روى يوم واحد فعليه دم) لأنه نسك تام (ومن ترك روى إحدى الجمار الثلاث فعليه الصلعة) لأن الكل في هذا اليوم نسك واحد فكان المروك أقل (إلا أن يكون المروك أكثر من النصف فحينئذ يلزمه الدم لوجود ترك الأكثر) (وإن ترك روى جرة العقبة في يوم النحر فعليه دم) لأنه كل وظيفة هذا اليوم زينا وكذا إذا ترك الأكثر منها (وإن ترك منها حصاة أو حصاتين أو ثلاثا تصدق لكل حصاة نصف صاع (إلا أن يبلغ دما فينقص ماشاء) لأن المروك هو الأقل فتكفيه الصلعة (ومن أخر الحلق حتى مضت أيام النحر فعليه دم عند أي حنيفة ، وكذا إذا أخر طواف الزيارة حتى مضت أيام التشريق (فعليه دم عنه وقالوا : لا شيء عليه في الرحيل) وكذا الخلاف في تأخير الرمي وفي تقديم نسك على نسك

تأخير النسك وتقدمه غير موجب عندهما شيئا (قوله إلا أن يكون المروك أكثر من النصف) بأن يترك إحدى عشرة حصاة في غير اليوم الأول وأربع حصيات من جرة العقبة في يوم النحر . وتفصيل مسائل الرمي ظاهرة من الكتاب ، وتقدم شيء منها في بحث الرمي فلا تنبيه وارجع إليه (قوله وكذا إذا أخر طواف الزيارة) يعني عن أيام النحر ، بخلاف ما إذا أخر السعي عن طواف الزيارة حتى مضت أيام النحر لا شيء عليه لأنه أتى به بتذنه (عند أي حنيفة خلافا لهما ، وإن ترك روى يوم واحد فعليه دم لأنه نسك تام) فلان قيل : هذا بظاهره يدل على أنه إذا نفر النفر الأول يجب عليه دم لأنه ترك روى يوم ، وليس كذلك فإنه خير بين الإقامة والنفر وذلك آية التطوع فكيف يجب عليه دم ؟ أجيب بأن التأخير قبل طلوع الفجر من اليوم الرابع ، فأما إذا طلع فقد وجب عليه الإقامة والرمي ، فلو ترك وجب عليه الدم فكان كالتطوع بخير فيه قبل الشروع ويجب بعده . وقوله (ومن ترك روى إحدى الجمار) مبناه على أن ما كان نسك يوم فكره يوجب الدم ، وما كان بفضه الأقل فكره يوجب الصلعة ، فعلى هذا إذا ترك جرة العقبة يوم النحر يلزمه دم ، وإن تركها في بقية الأيام يلزمه صلعة ، وهذا إذا لم يقضه في أيام الرمي ، فأما إذا قضاه فيها فقد سقط الدم عندهما ولم يسقط عند أي حنيفة رحمه الله . وقوله (فكان المروك أقل) يعني إذا ترك روى إحدى الجمار لأن المروك حينئذ سبع حصيات والمائة به أربع عشرة حصاة . وقوله (إلا أن يكون المروك أكثر من النصف) استثناء منقطع من قوله : ومن ترك روى إحدى الجمار : أي لكن إذا ترك أكثر من روى إحدى الجمار وبلغ المروك أكثر من نصف مثل أن يترك إحدى عشرة حصاة ويرى عشر حصيات (فحينئذ يلزمه الدم لوجود ترك الأكثر) والأكثر يقوم مقام الكل . وقوله (لأنه كل وظيفة هذا اليوم رميا) نصب رميا على التمييز لأن فيه وظائف غيره كالذبيح والحلق والطواف ، فلو اقتصره على قوله لأنه وظيفة هذا اليوم لم يكن على ما ينبغي . وقوله (وكذا إذا ترك الأكثر منها) أي من جرة العقبة . وقوله (إلا أن يبلغ دما) استثناء من قوله تصدق لكل حصاة نصف صاع : يعني إذا بلغ قيمة ما تصدق لكل حصاة قيمة الدم فحينئذ (ينقص من الدم ماشاء) حتى لا يلزم التسوية بين الأقل والأكثر . وقوله (لأن المروك هو الأقل) دليل قوله تصدق . قال (ومن أخر الحلق حتى مضت أيام النحر) هذا بناء على ما تقدم أن أبا حنيفة يوجب الدم بالتأخير خلافا لهما . وقوله (وكذا الخلاف في تأخير الرمي) أي في تأخير رمي جرة العقبة عن يوم النحر وتأخير رمي الجمار من اليوم الثاني إلى الثالث أو من الثالث إلى الرابع . وقوله (وفي تقديم نسك على نسك) أي وكذا الخلاف في تقديم نسك على نسك

قال ستة البغ لأن وجوبه ثابت بها ، وقوله مع الإمام يعني بعد الغروب على ما سلفه (قوله وقوله إلا أن يكون المروك أكثر من النصف) استثناء منقطع عن (أقول : فيه بحث .

كالحلق قبل الري ونحو القارن قبل الري والحلق قبل الذبيح ولهما أن ما فات مستترك بالقضاء ولا يجب مع القضاء شيء آخر . وله حديث ابن مسعود رضي الله عنه أنه قال : « من قدم نسكا على نسك فعليه دم » . لأن التأخير عن المكان يوجب الدم فيها هو موقت بالمكان كالإحرام فكلما التأخير عن الزمان فيها هو موقت بالزمان

(قوله كالحلق قبل الري الخ) وفي موضع إن ري قبل أن يطوف ورجع إلى أهله فعليه دم بالاتفاق . وليس على الخاض لتأخير طواف الزيارة عن أيام النحر شيء بالاتفاق للعدو ، حتى لو طهرت في آخر أيام النحر ويمكنها أن تطوف قبل الغروب أربعة أطواط فلم تفعل كان عليها الدم لا إن أمكنها أقل منها . ولو طاف قبل الري يقع محتسبا به وإن كان مسنونا بعد الري (قوله لهما أن ما فات مستترك بالقضاء الخ) ولهما أيضا من المنقول ما في الصحيحين « أنه عليه الصلاة والسلام وقف في حجة الوداع فقال رجل : يا رسول الله لم أشعر فحلفت قبل أن أذبح ، قال أذبح ولا حرج ، وقال آخر : يا رسول الله لم أشعر فنحرت قبل أن أري ، قال : أرم ولا حرج ، فما سئل يومئذ عن شيء أقدم ولا أخر إلا قال أفعل ولا حرج » . والجواب أن نفي الحرج يتحقق بنفي الإثم والقصد فيجمل عليه دون نفي الجزاء ، فإن في قول القائل لم أشعر ففعلت ما يفيد أنه ظهر له بعد فعله أنه ممنوع من ذلك ، فلذا قدم اعتباره على سؤاله ولأنه لم يسأل أولم يعتذر . لكن قد يقال : يتحمل أن الذي ظهر له مخالفة ترتيبه لترتيب رسول الله صلى الله عليه وسلم فظن أن ذلك الترتيب متعين فقدم ذلك الاعتذار وسأل عما يلزمه به ، فبين عليه الصلاة والسلام في الجواب عدم تيمنه عليه بنفي الحرج ، وأن ذلك الترتيب مسنون لا واجب . والحق أنه يتحمل أن يكون كذلك ، وأن يكون الذي ظهر له كان هو الواقع إلا أنه عليه الصلاة والسلام علمهم للجهل وأمرهم أن

(كالحلق قبل الري) سواء كان مفردا أو غيره (ونحو القارن) والمتنع (قبل الري وحلق القارن) والمتنع (قبل الذبيح) وإنما خص القارن بذلك لأن المفرد إذا ذبح قبل الري أو حلق قبل الذبيح فإنه لا شيء عليه لأن تأخير النسك لا يحقق في حقه مهنا لكون الذبيح غير واجب عليه . فإن قيل : تقديم نسك على نسك يستلزم تأخير نسك عن نسك فكان في كلامه تكرار . فالجواب أنه أراد بالتأخير ما يكون بحسب الأيام وبالتقديم ما يكون بحسب الأوقات في يوم واحد فلا تكرار . ولهما أن ما فات مستترك بالقضاء (وهو ظاهر ، وكل ما هو مستترك بالقضاء لا يجب فيه شيء غيره بالاستقراء في أحكام الشرع) (ولأبي حنيفة حديث ابن مسعود رضي الله عنه قال : « من قدم نسكا على نسك فعليه دم ») فإن قيل : ثبت في الصحيحين عن عبد الله بن عمرو بن العاص « أنه صلى الله عليه وسلم وقف للناس بمنى يسألونه ، فجاء رجل وقال : نحررت قبل الري ، فقال عليه الصلاة والسلام : أفعل ولا حرج » . فما سئل عليه الصلاة والسلام عن شيء أقدم أو أخر إلا قال : أفعل ولا حرج » . وذلك دليل واضح على أن لا شيء في التقديم والتأخير . فالجواب أنه متروك الظاهر لأنه يدل على ترك القضاء أيضا ، ويجوز أن يكون السائل مفردا وتقديم الذبيح على الري لا يوجب عليه شيئا كما ذكرنا ، وكذا غير ذلك مما ذكر ، ويجوز أن يكون مما ليس بموقت فلا يوجب التأخير فيه شيئا . متلفه . ولكن يكون معارضا بما روينا من حديث ابن مسعود . وقيل : الصحيح أن روايه ابن عباس رضي الله عنهما فيصان إلى ما بعدهما ، والقياس معنا على ما ذكر في الكتاب بقوله (ولأن التأخير عن المكان يوجب الدم فيها هو موقت بالمكان كالإحرام) فإن الحاج إذا جاوز الميقات بغير إحرام ثم أحرم وجب عليه الدم (فكلما التأخير عن الزمان فيها هو موقت بالزمان) فجميع تمكن قصصان التأخير

(قوله فكان في كلامه تكرار) أقول : فيه بحث ، إذ لا يلزم التكرار لظهور أن المراد في تقديم نسك على نسك سوى ما ذكر أولا ، ولم يكف علما مع إمكان الاكتفاء بمسود جمع ما ذكر إرادة التفصيل والتوضيح .

(وإن خلق في أيام النحر في غير الحرم فعليه دم . ومن اعتمر فخرج من الحرم وقصر فعليه دم عند أبي حنيفة ومحمد) ورحمهما الله تعالى (وقال أبو يوسف) رحمه الله (لا شيء عليه) قال رضى الله عنه : ذكر في الجامع الصغير قول أبي يوسف في المعتمر ولم يذكره في الحاج . قيل هو بالاتفاق لأن السنة جرت في الحج بالخلق يعني وهو من الحرم . والأصح أنه على الخلاف ، هو يقول : الخلق غير مختص بالحرم لأن النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه أحصروا بالحديبية وحلقوا في غير الحرم . ولما أن الخلق لما جعل محلا صار كالسلام في آخر الصلاة فإنه من واجباتها ، وإن كان محلا ، فلذا صار نسكا اختص بالحرم كالذبيح وبعض الحديبية من الحرم فلهلهم حلقوا فيه . فالخلاص أن الخلق يتوقت بالزمان والمكان عند أبي حنيفة رحمه الله ، وعند أبي يوسف لا يتوقت بهما وعند محمد يتوقت بالمكان دون الزمان . وعند زفر يتوقت بالزمان دون المكان .

يتعلموا مناسكهم ، وإنما علمهم بالجهل لأن الحال كان إذ ذاك في ابتلائه ، وإذا احتمل كلا منهما فالاحتياط اعتبار التعمين والأخذ به واجب في مقام الاضطراب فيتم الوجه لأبي حنيفة ، ويؤيده ما نقل عن ابن مسعود رضى الله عنه ومن قدم نسكا على نساك فعليه دم بل هو دليل مستقل عندنا . وفي بعض النسخ : ابن عباس وهو الأوفى رواه ابن أبي شيبة عنه ولفظه : من قدم شيئا من حجه أو آخره فليترك دما ، وفي سننه إبراهيم بن مهاجر مضعف . وأخبره الطحاوي بطريق آخر ليس ذلك المضعف : حدثنا ابن مرزوق ، حدثنا الحصب ، حدثنا وهيب عن أيوب عن سعيد بن جبيرة عن ابن عباس مثله . قال : فهذا ابن عباس أحد من روى عنه عليه الصلاة والسلام والأجل ولا حرج . لم يكن ذلك عنده على الإباحة ، بل على أن الذي ضلوه كان على الجهل بالحكم فعليه دم وأمرهم أن يتعلموا مناسكهم . وما استدل به قياس الإخراج عن الزمان بالإخراج عن المكان . وأما الاستدلال بدلالة قوله تعالى : فمن كان منكم مريضا أو به أذى من رأسه ففدية - الآية ، فإن إيجاب الفدية للخلق قبل أوانه حالة العذر يوجب الجزاء مع عدم العذر بطريق أولى فتوقف على أن ذلك التأنيث الصادر عنه عليه الصلاة والسلام بالقول كان ليعينه لا لاستثائه . ونص المصنف على صور التقديم والتأخير يعني عن ذكرنا لما ، وتخصيص القارئ في قوله ونحو القارئ قبل الرمي ليس بالزام بل المتمنع مثله وذلك لأن دعيه واجب بخلاف المفرد (قوله قيل هو بالاتفاق) أي الاتفاق على لزوم الدم للحاج لأن التوارث من لادن النبي عليه الصلاة والسلام وجميع الضعفاء والتابعين ومن بعدهم من المسلمين جرى على الخلق في الحج في الحرم ، ن بني وهو إحدى الصحيح (قوله فالخلاص أن الخلق يتوقت بالزمان) وهو أيام النحر (والمكان) وهو الحرم (عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف لا يتوقت بهما ، وعند محمد بالمكان لا المكان ، وعند زفر عكسه

فيهما . فإن قيل : فمهما أيضا قياس ، وهو القياس على سائر ما يستدرك من العبادات بالقضاء فكان قياسكم في حيز التعارض . فالجواب أن قياسنا مرجع بالاحتياط ، فإن فيه الخروج عن العهدة يبين . وقوله (وإن خلق في أيام النحر) ظاهر . قال المصنف رحمه الله : ذكر محمد في الجامع الصغير قول أبي يوسف في المعتمر أنه لا شيء عليه (ولم يذكره في الحاج) إذا خلق خارج الحرم (فقط) وإنما لم يذكره لأنه بالاتفاق في وجوب الدم (لأن السنة جرت في الحج بأن يكون الخلق يعني وهو من الحرم) فبترك يلزم الجاهل (والأصح أنه على الخلاف) عندهما يجب الدم ، وعند أبي يوسف لا يجب شيء ، ووجه الجاهل على ما ذكر في الكتاب وأصح . وقوله (فالخلاص أن الخلق) يعني في الحج (يتوقت بالمكان والزمان) أي يوم النحر والحرم (عند أبي حنيفة ، وعند أبي يوسف لا يتوقت بهما ، وعند محمد يتوقت بالمكان دون الزمان) ، وعند زفر يتوقت بالزمان دون المكان (وإنما قال المصنف : فالخلاص أن الخلق يتوقت) أقول : يبرز أن يكون من قيل : طلبها تبا وما باردا . فإن يجوز لا يكون بالمكان بل

وهذا الخلاف في التوقيت في حق التضمين بالدم . وأما في حق التحلل فلا يتوقف بالاتفاق . والتقصير والحلق في العمرة غير موقت بالزمان بالإجماع لأن أصل العمرة لا يتوقف به

وهذا الخلاف في التضمين بالدم لا في التحلل (يعني أنه لا خلاف في أنه في أي مكان أو زمان أتى به يحصل به التحلل ، بل الخلاف في أنه إذا حلق في غير موقوف به يلزم الدم عند من وقته ولا شيء عليه عند من لم يوقته . ثم هو أيضا في حلق الحاج ، أما المعتمر فلا يتوقف في حقه بالزمان بالاتفاق بل بالمكان عند أبي حنيفة ومحمد خلافا لأبي يوسف . لأبي يوسف ومحمد في نفي توقفه بالزمان ما روى أنه عليه الصلاة والسلام قال « أذبح ولا حرج » لمن قال حلقه قبل أن أذبح ، فدل على أنه غير موقت به ، وتقدم الجواب عن هذا . ولأبي يوسف وزفر في نفي توقفه بالمكان حلقه عام الحليبية بها وهي من الحل ، ولا فرق بين العمرة والحج في هذا الحكم بالاتفاق . والجواب ما ذكر في الكتاب من أن بعض الحليبية من الحرم فيجوز كون الحلق كان فيه ، فلا حجة إلا أن ينقل صريحا أن الحلق كان في البعض البلى هو حل مع ما روى « أنه عليه الصلاة والسلام نزل بالحليبية في الحل وكان يصل في الحرم » . فالظاهر أنه لم يحلق في الحل وهو بسبيل من أن يحلق في الحرم فيبقى التوارث الكافي في الزمان . والمكان خاليا عن المعارض ، وكلنا ما قدمناه اتفاقا من قول ابن عباس في الزمان ثم قلنا : يعني في الحج لأن الحلق في العمرة لا يتوقف بالزمان بالإجماع . فإن قيل : إذا كان موثقا بهما كان كالوقوف فينبغي أن لا يعتد به إذا حلق خارج الحرم كما لو وقف بغير عرفة أو طاف بغير البيت . فالجواب أن محل الفعل هو الرأس دون الحرم ، ولكنه جاز بالتأخير عن مكانه فيلزمه دم كما يلزمه بالتأخير عن وقته ، بخلاف ما ذكرتم من الوقوف والطواف فإن محل الفعل هو الجبل وحول البيت وبالشروع عنهما يتبدل المحل فلا يجوز . وجه قول أبي حنيفة على اختصاصه بالمكان قد علم من قوله ولهما أن الحلق لما جعل محللا للبخ . وأما على اختصاصه بالزمان فلا يمكن الحلق للتحلل وهذا بالاتفاق ، وكل ما هو كذلك يوقت بالزمان كالطواف . وجه قول أبي يوسف أما على عدم اختصاصه بالمكان فقد علم من قوله هو بقول الحلق غير مختص بالحرم البخ . وأما على عدم اختصاصه بالزمان فهو أن الحلق الذي هو تسك في أوانه بمنزلة الحلق الذي هو جناية قبل أوانه ، فكما أن ذلك لا يختص بزمان فكذلك هذا ، ولو أردت أن يجعله دليلا للتشقيين . قلت : فكما أن ذلك لا يختص بزمان ومكان فكذلك هذا ، إذ لو كان مختصا بهما لما وقع معتلا به في غير المكان والزمان كالوقوف بعرفة ، وقد عرفت جواب ذلك أيضا . وجه قول محمد أما على اختصاصه بالمكان فقد علم من قوله ولهما أن الحلق البخ ، وأما على عدم اختصاصه بالزمان فهو دليل أبي يوسف على عدم اختصاصه بالزمان . وجه قول زفر أن التحلل عن الإحرام معتبر ابتداء الإحرام وابتدأه موقت بالزمان حتى كره بتقديم إحرام الحج على أشجره دون المكان حتى جاز أن يحرم من حيث شاء قبل الميقات ، فكذلك التحلل عنه يتوقف بالزمان دون المكان ، فلو أخر عن أيام التحريم بالدم ، ولو خرج من الحرم ثم حلق لم يلزم شيء . وقوله (وهذا الخلاف) أي ما ذكرناه بين علمائنا في التوقيت (إنما هو في حق التضمين بالدم ، وأما في حق التحلل فلا يتوقف بالاتفاق) وقوله (لأن أصل العمرة لا يتوقف به) أي

بالزمان ، ويجوز أن يراد بالتوقيت تعيين مجاز (قوله فالجواب أن محل الفعل هو الرأس البخ) أقول : فيه بحث ، فإن محل الفعل في الحج هو الطائف ، ولا يجوز في خارج الحرم كما سيظهر في باب المنى ، ولعل قول المصنف وهذا الخلاف في التوقيت في حق التضمين البخ يمكن مؤلفه بالجواب .

بخلاف المكان لأنه مؤقت به . قال (فإن لم يقصر حتى رجع وقصر فلا شيء عليه في قولهم جميعا) معناه : إذا خرج المعتزم ثم عاد لأنه أتى به في مكان فلا يلزمه ضمانه (فإن حلق القارن قبل أن يذبح فعليه دمان) عند أبي حنيفة رحمه الله : دم بالحلق في غير أوانه لأن أوانه بعد الذبح ودم بتأخير الذبح عن الحلق . وعندهما يجب عليه دم واحد وهو الأول ، ولا يجب بسبب التأخير شيء على ما قلنا .

يلحق به المكان (قوله فإن لم يقصر حتى رجع) متصل بقوله فخرج من الحرم وقصر غير أنه فصل بالقرير ونقل الأصل الخلاف (قوله وإن حلق القارن قبل أن يذبح فعليه دمان عند أبي حنيفة رحمه الله : دم بالحلق في غير أوانه

بالزمان فإن ركعها الطواف وهو غير مؤقت بزمان ، وفيه نظر لأنها في أيام التحريم مكروهة فكانت مؤقتة . والجواب أن ركعها فيها ليست من حيث أنها مؤقتة بغيرها بل باعتبار أنه مشغول بأفعال الحج فيها ، فلو اعتزم فيها لربما أدخل بشيء من أفعاله فكرهت لذلك . وقوله (بخلاف المكان لأنه مؤقت به) متصل بقوله غير مؤقت بالزمان وإليه ذهب صاحب النهاية ، ويكون معناه : لأنه مؤقت به عند أبي حنيفة ومحمد بناء على ما تقدم من الأصح . ويجوز أن يكون متصلا بقوله لأن أصل العمرة لا يتوقف به أي بالزمان ، بخلاف المكان لأنه : أي أصل العمرة يتوقف به فلا حاجة إلى التأويل (فإن لم يقصر المعتزم الذي يخرج من الحرم حتى رجع إلى الحرم وقصر فيه فلا شيء عليه في قولهم جميعا لأنه أتى به في مكانه فلا يلزمه ضمان) ولو فعل الحاج ذلك لم يسقط عنه دم التأخير عند أبي حنيفة رحمه الله . وقوله (فإن حلق القارن قبل أن يذبح) يعني إذا قدم القارن الحلق على الذبح فعليه دمان عند أبي حنيفة : دم للقارن ، ودم بتأخير الذبح عن الحلق . وعندهما يجب عليه دم واحد (وهو دم القارن) ولا يجب بسبب التأخير شيء على ما قلنا) أن التأخير عنده يوجب الدم خلافا لما . هذا تقرير المسألة على ما عليه أصل رواية الجامع الصغير ، فإن محمدا قال فيه : قارن حلق قبل أن يذبح ، قال : عليه دمان : دم القارن ، ودم آخر لأنه حلق قبل أن يذبح . يعني على قول أبي حنيفة ، وعلى هذا فما ذكره المصنف غير مطابق له لأنه قال : عليه دم بالحلق في غير أوانه لأن أوانه بعد الذبح ، ودم بتأخير الذبح عن الحلق ، وهذا كما ترى يشير إلى أنهما دما جنابة ولم يذكر دم القارن ، وقال وعندهما : يجب عليه دم واحد وهو الأول : يعني الذي يجب بالحلق في غير أوانه لأنه لم يذكر أولا سواه ، ولم يذكر أيضا دم القارن ، ومع عدم مطابقتها فهو مناقض لقوله قبل هذا وقالوا لا شيء عليه في الوجهين جميعا إلى أن قال : والحلق قبل الذبح ، وعلى هذا كان الحق أن يقول : فعليه دمان عند أبي حنيفة :

(قوله وفيه نظر لأنها في أيام التحريم مكروهة فكانت مؤقتة) أقول : فيه أنها إذا كانت جائزة فيها لأخرج من أن تكون وقتها (قوله وقوله بخلاف المكان ، إلى قوله : وإليه ذهب صاحب النهاية ، ويكون معناه لأنه مؤقت به عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله بناء على ما تقدم من الأصح ، ويجوز أن يكون متصلا بالذبح) أقول : أنت غير باله ينبغي أن يكون للمحل ما ألقاه صاحب النهاية ، فإن المصنف لما بين الاختلاف في وقت الحلق في الحج بالزمان والمكان أراد أن يبين حالة توقفه في العسرة جميعا ، ولم يذكر الطواف حين توجهه بالمكان متروك الذكر هنا فخلل (قال المصنف : فإن حلق القارن قبل أن يذبح فعليه دمان عند أبي حنيفة رحمه الله : دم بالحلق في غير أوانه الخ) أقول : قال الإقناني : قد عبط صاحب النهاية لأنه جعل المصنف جميعا هنا الجنابة ، وجعل في باب القارن أحدهما للفكر والاخر للجنابة . ولما قال أن يقول لا يجب إذ الواجب هناك دم الجنابة على الإحرام بالحلق في غير أوانه ، وأما في تأخير الذبح فهو منصوص لإيجابه بالدم عنه ، إذ الفرض أنه لم يقصر على المحل ونظرا لم يظلمه ذلك الخلاف بين المعتزلة ولو كان الواجب دم جنابة التأخير لكان لما خلاف كما لا يخفى . فإن قلت : كذلك في الجنابة على الإحرام ؟ قلت : نعم ولكن بالكفارة كما في الجنين على الضحية ، وأما التأخير فلا لما كان على الاختلاف . كان أمون وأمره أمون ، فخلل (قوله وعلى هذا فما ذكره المصنف غير مطابق له) أقول : بل مطابق له على زيادة الصغير الشيعي (قوله ومع عدم مطابقتها فهو مناقض الخ) أقول : لا مناقضة ، إذ الحق فيما سبق دم التأخير والذي أوجب هنا دم الجنابة على الإحرام فخلل .

(فصل)

اعلم أن صيد البر محرم على المحرم ، وصيد البحر حلال لقوله تعالى - أحل لكم صيد البحر - إلى آخر الآية ، لأن أوانه بعد الذبح ، ودم يتأخير الذبح عن الحلق هنا مهوم من القلم بل أحد الدمين لمجموع التقديم والتأخير والآخر دم القران ، والدم الذي يجب عندهما دم القران ليس غير لا للحلق قبل أوانه ، ولو وجب ذلك لزم في كل تقديم نسلك على نسلك دمان لأنه لا ينفك عن الأمرين ولا قائل به ، ولو وجب في حلق القران قبل الذبح لوجب ثلاثة دماء في تفريع من يقول إن إحرام عمرته انتهى بالوقوف ، وفي تفريع من لا يراه كما قلنا خمسة دماء لأن جنايته على إحرامين والتقديم والتأخير جنايتان فيهما أربعة دماء ودم القران .

(فصل في جزاء الصيد)

(قوله اعلم أن صيد البر محرم الخ) أي قتله وإن لم يأكلوه أو أكله وإن ذكاه المحرم . وعن هذا لو اضطر محرم إلى دم للقران ، ودم بتأخير الذبح ، فكأنه سهو وقع منه أو من الكاتب ، ولا عيب في السهو على الإنسان . فإن قيل : قد وقع في عبارة بعض المشايخ : دم القران واجب إجماعاً ودم تأخر سبب الجناية على الإحرام لأن الحلق لا يعمل إلا بعد الذبح واجب أيضاً إجماعاً ، ودم آخر عند أبي حنيفة سبب تأخير الذبح عن الحلق فيجوز أن يكون المصنف قد اختار ذلك ولم يذكر دم القران من الجانبين . وإنما ذكر الآخر وأشار إليه بقوله وهو الأول وذكر المختلف فيه . قلت : بإياه قوله فما تقدم ، وقالاً لأشياء عليه في الوجهين ، فإنه تصريح بأنها لا يقولان في هذه الضرورة بوجود شيء يتعلق بالكفارة أصلاً ، على أنه مخالف لما هو الأصل في وضع هذه المسألة وهو الإجماع للصغير خصم رحمه الله . فإن قيل : فعلى ما ذكره محمد يجب عليه ثلاثة دماء لأن جناية القران مضمونة بالدمين وهو اعتراض الإمام المحبوبي ، فالجواب أن ما يجب على المقر في دم فعل القران دمان ، ولو قدم المقر الحلق على الذبح لم يجب عليه شيء فلا يتضاعف على القران .

(فصل)

لما كانت الجناية على الإحرام بالصيد نوعاً آخر فصل عما قبله في فصل على حدة (الصيد هو الحيوان الممتنع المتوحش في أصل الخلقة) لقوله الحيوان بمنزلة الجنس . وقوله الممتنع وهو الذي يمنع نفسه عن قتله إما بقوامه أو بمصاحبه فيخرج الحيوانات الأهلية كالتيقر والغنم ونحوهما والدجاج والبط . وقوله المتوحش في أصل الخلقة يدخل فيه الجمام المرسول والظبي المستأنس ، وتخرج الإبل المتوحشة لأن الاستئناس في الأول والتوحش في الثاني عارض لا معتبر به ، وهو على نوعين : يرى وهو ما يكون مولده ومثواه في البر ، ويمرئ وهو ما يكون مولده ومثواه في الماء . والاعتبار للمولد لأنه الأصل ، فالبط والإوز يرى لأن مولدهما البر ، والضمردع يمرئ لأن مولده البحر (وصيد البحر حلال للمحرم) سواء كان مأكولاً أو لم يكن (وصيد البر محرم عليه لقوله تعالى - أحل لكم صيد البحر - الآية .

(قوله ودم تأخر إلى قوله واجب أيضاً) لقوله - قوله دم ميتاً وقوله واجب غيره (قوله فإنه تصريح بأنها لا يقولان في هذه الضرورة بوجود شيء يتعلق بالكفارة أصلاً الخ) أقول : لا نسلم ذلك . بل المراد لا يجب شيء بسبب تأخير القسك إذا كان الكلام فيه (قوله لم يجب عليه شيء) أقوله : فيه بحث ، فإنه إنما لم يجب عليه شيء لأنه لا جناية منه على إحرامه لعدم توقيت الحلق في حقه ويكون قبل الذبح ، وأما القران فليس كذلك ، والأول أن يقال في الجواب : إنه لم يحن إلا على إحرام المتبع لقراءته عن أصناف الصممة فيلزمه دم واحد فحلال .

(فصل في ما علم أن صيد البر)

وصيد البر ما يكون توالده ومثواه في البر ، وصيد البحر ما يكون توالده ومثواه في الماء . والصيد هو المنتح التوحش في أصل الخلقة ، واستثنى رسول الله صلى الله عليه وسلم الخمس القواصق وهي : الكلب العقور . والذئب ، والحداة ، والغراب ، والحية ، والقرب ، فإنها مبتدئات بالأذى . والمرد به الغراب الذي يأكل

أكل الميتة أو الصيد يأكل الميتة لا الصيد على قول زفر لتعدد جهات حرمة عليه . وعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله يتناول الصيد ويؤذى الجزء لأن حرمة الميتة أغلظ ، ألا ترى أن حرمة الصيد ترتفع بالخروج من الإحرام فهي مؤقتة ، بخلاف حرمة الميتة فعليه أن يقصد أخف الحرمتين دون أغلظهما . والصيد وإن كان محظور الإحرام لكن عند الضرورة يرتفع الخطر فيقتله ويأكل منه ويؤذى أجزاءه ، هكذا في الميسر . وفي فتاوى قاضيه خان أن الحرم إذا اضطر إلى ميتة وصيد فالميتة أولى في قول أبي حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف والحسن : يلذخ الصيد . ولو كان الصيد مذبوحة فالصيد أولى عند الحل . ولو وجد صيدا ولم آدمي كان ذبيح الصيد أولى . ولو وجد صيدا وكلبا فالكلب أولى لأن في الصيد ارتكاب المحظورين . وعن محمد : الصيد أولى من لحم الغنير . ففي هذا خلاف ما ذكرناه من الميسر (قوله وصيد البر الخ) ليس ما ذكره تعريفه لصيد البر بل للبرى من الأشياء . ومراده تعريف البرى مطلقا ثم الصيد مطلقا فيعرف منهما صيد البر . ولما أفرد بعده الصيد فقال : والصيد هو المنتح الخ فيقتل منهما تعريف صيد البر ، هكذا هو ما توالده ومثواه في البر بما هو متنع لتوحشه الكائن في أصل الخلقة ، فيدخل الظبي المستأنس ويخرج البعير والشاة المتوحشان لعروض الوصف لهما ، وكون ذكاة الظبي المستأنس بالذبح والأمل المتوحش بالعقر لا ينافيه ، لأن الذكاة بالذبح والعقر دائران مع الإمكان وعلمه لامع الصيدية وعلمها ، ويخرج الكلب لأنه ليس بصيد سواء كان أهليا أو وحشيا ، لأن الكلب أهل في الأصل ، لكن ربما يتوحش ، وكلنا السنور الأهل ليس بصيد لأنه مستأنس ، أما البرى منه ففيه روايتان عن أبي حنيفة هذا . والمؤكد عليه في كونه برياً وبغيره التوالد في البر والبحر لا مع كون مثواه فيه كظواهر عبارة الكتاب ، كذا في النهاية . وعلى اعتباره لا يجب الجزاء بقول كلب الماء والضفدع المائي لأنه يعيش في البر وهو مائي المولد . واختلف في أنه هل يباح شل ما كان من صيد البحر أو ما يحل أكله منه فقط ؟ في المحيط : كلا ما يعيش في الماء يحل قتله وصيده للمحرم اهـ . قال بعضهم : كالسمك والضفدع والسرطان وكلب الماء . وفي تناسك الكرماني : الذي يرتخص من صيد البحر للمحرم هو السمك خاصة ، والأصح هو الأول لأن قوله تعالى - أحل

واستثنى رسول الله صلى الله عليه وسلم) أي بين عدم دخولها في الآية لأن حقيقة الاستثناء لا تتصور ، ولكنه لما كان عندنا لبيان أنه لم يدخل استثناءه له (الخمس القواصق وهي : الكلب العقور والذئب والحداة والغراب والحية والقرب) على ما ذكر في الكتاب ، وهي ستة ، وسيأتي العلل عن ذلك ، ومميت فواصق استثناءه لخيش ، وقيل لخروجهن من الحرمة لا لبندائهن بالأذى ، ولما كان مشهورا جازت الزيادة به على الكتاب ، ولا فرق في الصيد بين المملوك والمباح والمأكول وغيره لتناول اسم الصيد ذلك كله .

(قال المصنف : وصيد البر ما يكون توالده الخ) أقول : للوصول عبارة من الصيد فلا يلزم عموم التعريف من المعروف (قوله لما يقواهم أو يجنحهم) أقول : فيخرج مثل السمك (قوله أي بين عدم دخولها إلى قوله استثناءه له) أقول : ويجوز أن يكون استثنى بمعنى أظهر الاستثناء ، إذ يجوز أن يستثنى الله تعالى بوس غير محظور يظهره صلى الله عليه وسلم (قوله وسائق العذر من ذلك) أقول : لا يصلح ما ذكره عددا على ما يشير إليه ، ويذكر العذر الصحيح إن شاء الله تعالى (قوله وقيل لخروجهن الخ) أقول : فإن الفسح بمعنى الجرح .

الجفيف . هو المروى عن أبي يوسف رحمه الله . قال (وإذا قتل المحرم صيدا أودل عليه من قتله فعليه الجزاء) أما القتل فلقوله تعالى - لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم ومن قتله منكم متعمدا فجزاء الآية نص على إيجاب الجزاء . وأما

لكم صيد البحر وطعامه - يتناول بحقيقته عموم ما في البحر . وفي البدائع : أما صيد البحر فينحل اضطراره للحلال والمحرم جميعا مأكولا أو غير مأكول ، واستنك بالآية . وأما ما في الأصل من قوله : والذي رخص للمحرم من صيد البحر هو السمك خاصة ، فأما طير البحر فلا يخصص فيه للمحرم ، فقد شرجه في المبسوط بما يفيد تعميم الإباحة ، وأن المراد ما يقابل المائى بالسمك ، فالصمدع جملته خمس الأنمة في المبسوط من صيد البحر مطلقا ، وكذا قاضيهخان . ويتبقى قبل الحكم بالحل بناء على أن مولده في البحر وإن كان يعيش في البر بتحقيق ذلك ، ومثله السرطان والتمساح والسلفاة ههنا . ويستثنى من صيد البر بفضه كاللذب والغراب والحلدة ، وأما باقي القواسق فليست بصيود ، وأما باقي السباع فالنصوص عليه في ظاهر الرواية أنه يجب بقتلها الجزاء لا يجوز شاة إن ابتدأها المحرم ، فإن ابتدأته بالأذى فقتلها فلا شيء عليه ، وذلك كالأسد والفهد والغمر والصقر والبازي . وأما صاحب البدائع فقسم البري إلى مأكول وغيره ، والثاني إلى ما يبتلى بالأذى غالبا كالأسد واللذب والغمر والفهد ، وإلى ما ليس كذلك كالضبع والعلب ، فلا يحل قتل الأول والأخير إلا أن يصول ، ويحل قتل الثاني ولا شيء فيه وإن لم يصول . وجعل ورود النص في القواسق ورودا فيها دلالة ، ولم يحك خلافا بل ذكره حكما مبتدأ مسكوتا فيه ، ثم رأيناه رواية عن أبي يوسف . قال في فتاوى قاضيهخان : وعن أبي يوسف الأسد بمنزلة اللذب ، وفي ظاهر الرواية السباع كلها صيد إلا الكلب واللذب اهـ ، وسند ذكر إن شاء الله تعالى ما هو الأسف بالوجه فيها يأتي هذا ، ولا فرق في وجوب الجزاء بين المباشرة والتسبيب إذا كان متعديا فيه ، فلو نصب شبكة للصيد أو حفر للصيد حفيرة فغطب صيد ضمن لأنه متعمد . ولو نصب فسطاطا لنفسه فتعقل به فأت ، أو حفر حفرة للماء أو لحيوان مباح قتله كاللذب فغطب فيها لا شيء عليه ، وكذا لو أرسل كلبه على حيوان مباح فأخذ ما يحرم أو أرسله إلى صيد في الخل وهو حلال فتجاوز إلى المحرم فقتل صيدا لأشياء عليه لأنه غير متعمد في التسبيب ، وكذا لو طرد الصيد حتى أدخله في المحرم فقتله فيه فلا شيء عليه ، ولا يشبه هذا الرى : يعنى لو رى إلى صيد في الخل فأصابه في المحرم لأن عليه الجزاء لأنه تمت نجائته بالمباشرة . قال الشهيد : وهو قول أبى حنيفة فيما أعلم ، وفيه كلام تذكره في صيد المحرم إن شاء الله تعالى . ولا ما لو أنقلب محرم نائم على صيد فقتله يجب عليه الجزاء ، ذكره في المحيط

قال (وإذا قتل المحرم صيدا أو دحل عليه من قتله فعليه الجزاء) أما القتل فلما ذكره في الكتاب وهو واضح ، وأما الدلالة فعلى القسمة العقلية أربعة أقسام : إما أن يكون الدال والمدلول حلالين أو محرمين ، أو الدال حلالا والمدلول محرما أو بالعكس من ذلك . والأول ليس بما نحن فيه ، والثاني على كل واحد منهما فيه جزاء كامل عندنا ، وفي الثالث على المدلول الجزاء دون الدال كذلك ، وفي الرابع عكسه . وقال الشافعى رحمه الله : لا شيء على الدال .

(قال المصنف : لقوله تعالى - لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم - الآية) أقول : قال الله تعالى - يا أيها الذين آمنوا لا تقطعوا الصيد وأنتم حرم ، ومن قتله منكم متعمدا فجزاءه مثل ما قتل من البري يحكم به فوا دحل منكم ههنا بالغ الكعبة ، أو كفارة طعام مساكين أو حد ذلك شيئا ليلقوا به وبال أمره مما آتاهم الله من قبل ، ومن عاد فيقتل الله منه والله عز وجل ذو انتقام . قال في تفسير المدبرك : قوله تعالى - ههنا - جال من الماء في به : أى يحكم به في حال المضى اهـ . ونحن نقول : ينبغي أن يكون حالا مقدره : أى سائر الدنيا ، وقوله أو كفارة مطوف على جزاء .

الدلالة فيها خلاف الشافعي رحمه الله ، هو يقول : الجزء تعلق بالقتل والدلالة ليست بقتل ، فأشبه دلالة الحلال حلالا . ولنا ما روينا من حديث أبي قتادة رضي الله عنه .

لأن المباشرة لا يشترط فيها عدم التعدي ١ ومثله الكلب لو زجره بعد ما دخل الحرم وجب عليه الجزاء امتصاصا ، ومثله لو أرسل مجرمي كلبا على صيد فزجره محرم فأنجز قتل الصيد فعليه جزاؤه ولا يؤكل . واعلم أن الجزاء يتعدد بتعدد المقتول إلا إذا قصد به التخلل ورفض لإحرامه في الأصل . ولو أصاب الحرم صيدا كثيرا على قصد الإحلال والرفض لإحرامه فعليه للكل كله دم . وقال الشافعي : عليه جزاء كل صيد لأنه مركب محظور لإحرامه بقتل كل واحد فيلزمه موجب كل واحد كما لو لم يقصد رفض الإحرام ، وهذا لأن قصده هذا ليس بشيء لأنه لا يرتفع به الإحرام فوجده كمنه . وقلنا إن قتل الصيد من محظورات الإحرام ، وأركان محظورات العبادة يوجب ارتضاها كالصوم والصلاة ، إلا أن الشرع جعل الإحرام لازما لا يخرج عنه إلا بأداء الأعمال ، ألا ترى أنه حين لم يكن في الابتداء لازما كان يرتفع بارتكاب المحظور ، وكذا الأمة إذا أحرمت بغير إذن سيدها والمرأة إذا أحرمت بغير إذن زوجها بحجة التطوع لما لم يكن ذلك لازما في حق الزوج كانه أن يحلها بغير فعل شيء من المحظورات فكان هو في قتل الصيد هنا قاصدا إلى تعجيل الإحلال إلى الجنابة على الإحرام ، وتعجيل الإحلال يوجب دما واحدا كما في المحصر ، بخلاف ما إذا لم يكن على قصد الإحلال لأنه قصد الجنابة على الإحرام بقتل كل صيد فيلزمه جزاء كل صيد ، وقد بينا أن جزاء الصيد في حق الحرم يفتي على قصده ، حتى إن ضارب القساطر لا يكون ضامنا للجزاء ، بخلاف ناصب الشبكة ، كذا في المبسوط ، ولو رمى إلى صيد فتعدى إلى آخر فقتلها وجب عليه قيمتها ، وكذا لو اضطرب بالسهم فوقع على بيضة أو فرخ فاقطعها لزمها جميعا . وروى أن جماعة نزلوا بيتا بمكة ثم خرجوا إلى منى فأمرؤا أحدهم أن يفتح الباب وفيه حمام من الطيور وغيرها ، فلما رجعوا وجعلوها ماتت عطشا ، فعلى كل واحد منهم جزاؤها لأن الأمرين تسببوا بالأمر والمعلق بالإطلاق . ولو قتر صيدا بقتل صيدا آخر ضمنهما ، وكذا لو أرسل محرم كلبه فزجره آخر ضمن (قوله فأشبه دلالة الحلال حلالا) كون المذبول حلالا اتفاقا ، والمراد أشبه دلالة الحلال على صيد الحرم غيره حلالا أو محرما فإنه يستحق الأمن بحلوله في الحرم كما يستحق الصيد مطلقا الأمن بالإحرام ، فكأن تفويت الأمن للمنتح بالحرم لا يوجب الجزاء لا يوجب الجزاء كذا تفويت المستحق بالإحرام لا يوجب (قوله ولنا ما روينا من حديث أبي قتادة) أي في باب الإحرام ، وتقدم تخريجهم من الصحيحين وغيرها وليس فيه هل دالم بل قال عليه الصلاة والسلام : هل منكم أحد أمره أن يحل تخريجه من الصحيحين وغيرها وليس فيه هل دالم بل قال عليه الصلاة والسلام : هل منكم أحد أمره أن يحل

أصلا لأن الجزاء يتعلق بالقتل بالنص (والدلالة ليست بأشبه دلالة الحلال حلالا) وقوله حلالا ليس بقيد فإن المدلول إن كان محرما فالحكم كذلك (ولنا ما روينا من حديث أبي قتادة) رضي الله عنه (هل دالم عليه ؟ قل

وقوله طعام بذلك من كثرة أو غير متعلق بخلاف : أي في طعام ، وقوله سيامة تميز العبد (قال المصنف : فأشبه دلالة الحلال حلالا) أقول : قال ابن القيم : كون المدلول حلالا اتفاقا ، والمراد أشبه دلالة الحلال على صيد الحرم غيره حلالا كان أو محرما فإنه استحق الأمن بحلوله في الحرم كما استحق الصيد مطلقا الأمن بالإحرام ، فكأن تفويت الأمن للمنتح بالحرم لا يوجب الجزاء كذا تفويت المستحق بالإحرام لا يوجب الجزاء كذا تفويت المستحق بالإحرام لا يوجب (قوله والتدب عطف تفسير الكلب المقهور ترجيعا لقول من قال المراد بالكل المقهور الملقب كالمسيء) ، ورويه أنه ليس بصيد فلا يحتاج إلى الاستئذان فاعلم (قال المصنف : ولنا ما روينا من حديث أبي قتادة رضي الله عنه) أقول : أي في بابها .

(٤) (قوله عدم التعدي) كذا في النسخ ، ويظهر أن السواب حذف لفظ عدم اد . كذا بخط العلامة السخاوي حفظه الله ، كعبه منحه .

وقال عطاء رحمه الله : أجمع الناس على أن على الدالّ الجزاء ، ولأن الدلالة من محظورات الإحرام ولأنه
تقويت الأمن على الصيد إذ هو آمن بتوحشه وتواريه فصار كالإتلاف ، ولأن المحرم بإحرامه التزم الامتناع
عن التعرض فيضمن بترك ما التزمه كالمودع

عليها أو أشار إليها ؟ قالوا لا ، قال : فكلموا مايق من لحمها ، وجه الاستدلال به على هذا أنه علق الحل على عدم
الإشارة ، وهي تحصل الدلالة بغير اللسان فأحرى أن لا يحمل إذا دلّه باللفظ فقال هناك صيد ونحوه . قالوا :
الباقى بالحديث حرمة اللحم على المحرم إذا دل . قلنا : فيثبت أن الدلالة من محظورات الإحرام بطريق الالتزام
لحرمة اللحم فيثبت أنه محظور لإحرام هو جناية على الصيد فتقول حيثل : إنه جناية على الصيد بتقويت الأمن على
وجه إتصل قتله عنها ففيه الجزاء كالقتل ، وهذا هو القياس الذي ذكره المصنف بعد ذلك فلا يحسن عطفه على
الحديث لأن الحديث لم يثبت الحكم المتنازع فيه وهو وجوب الكفارة بل على الحكم ، ثم ثبوت الوجوب المذكور
في الجمل إنما هو بالقياس على القتل . وعن هذا الوجه والقياس الآخر الذي سنذكره وهو إلحاق الدالّ بالمودع .
وقول عطاء : أجمع للناس على أن على الدالّ الجزاء وليس الناس إذ ذلك لإلصاحبة والتابعين يجب أن يحمل ما عن
ابن عمر أن لجزاء على الدالّ على دال لم يقع عن دلالة قتل دفعا لثوهم أن مجرد الدلالة موجبة للجزاء . هذا
وحديث عطاء غريب ، وذكره ابن قدامة في المغني عن علي وابن عباس . على أن قول الطحاوي هو مروي
عن عدة من الصحابة رضي الله عنهم ، ولم يرو عن غيرهم بخلافه فكان إجماعا يتضمن رد الرواية عن ابن عمر
(قوله كالمودع) هذا هو القياس الآخر . وتقريره التزم عدم التعرض للصيد بعقد خاص فيضمن ما تلف عن ترك
ما التزمه ، كالمودع فإنه التزم الحفظ كذلك فيضمن لو دل سارقا على الوديعة فسرقها ، بخلاف الحلال الذي
قاسي هو عليه لأنه لم يلتزم عدم التعرض لصيد الحرم ولا المسلم بعقد خاص بل بعموم حكم الإسلام ، وترك ذلك

أشترتم إليه ، على ما تقدم في باب الإحرام فإنه يدل على أن الدلالة من محظورات الإحرام . فإن قيل : خبر واحد لا يقاوم
النص الصريح . قلت : ما تقدم في النص ذكر القتل وتخصيص الشيء بالذكر لا يدل على نفي الحكم عما عداه
والحديث يدل على ذلك فيثبت الحكم به (وقال عطاء) هو ابن أبي رباح تلميذ ابن عباس رضي الله عنهما (أجمع
الناس على أن على الدالّ الجزاء) قال الطحاوي : ولم يرو عن أحد من الصحابة خلاف ذلك فصار ذلك إجماعا .
وذكر أنه روي عن ابن عمر رضي الله عنهما : ليس على الدالّ الجزاء ، وأجيب بأنه ليس ثابتا ، ولئن كان
حق على ما إذا دل ولم يقتله المملوك فلان الإجماع فيما إذا قتله فكان كلامه غير متعرض لحل الإجماع (ولأن الدلالة
من محظورات الإحرام) والإقدام عليها يوجب الجزاء لا محالة (ولأنه) أي الدلالة ، وذكر الضمير نظرا إلى
الخبر وهو (تقويت الأمن من الصيد) أي الدلالة تقوت الأمن من الصيد (لأنه آمن بتوحشه) من الناس (وتواريه)
عن أعينهم ، وبالدلالة يزول ذلك (فصارت كالإتلاف) وقوله (ولأن المحرم) دليل آخر يتضمن الجواب عن
قول المصنف فأشبهه دلالة الحلال . وتقريره أن المحرم بإحرامه التزم الامتناع عن التعرض لأنه عقد خاص يتضمن

الإحرام ، وقوله أنه لا يدل على الجزاء الخ (قوله فله يدل على أن الدلالة الخ) أقول : المقصود بالإثبات إنما هو وجوب الجزاء على هذا
التصميم الواقع في التمسك لا بمجرد كونه من محظورات الإحرام (قوله ولأن الدلالة من محظورات الإحرام الخ) أقول : حمل كل واحد من
قول المصنف ولأن الدلالة الخ ولأنه تقويت الأمن الخ إلى دليل مستقل عن المطلوب ، ولا يحق عليك معه فإن الإقدام على محظور
الإحرام لا يوجب الجزاء الخ نعم يبعد إثباته أية فلا بد من بيان كون هذا المحظور في معنى الإتلاف حتى يتم الترام ، وبذلك كون الخاف
من صحة القول بترك اللحم الحلية فهدى كلام المصنف (قوله وذكر الضمير نظرا إلى الخبر وهو تقويت الأمن من الصيد) أقول : أو تكون

بخلاف الحلال لأنه لا التزام من جهته . على أن فيه الجزاء على ما روى عن أبي يوسف وزفر رحمهما الله . والدلالة الموجبة للجزاء أن لا يكون المدلول عالماً بمكان الصيد وأن يصدقه في الدلالة ، حتى لو كذبه وصدق غيره لأضيان على المكاتب (ولو كان الدال حلالاً في الحرم لم يكن عليه شيء) لما قلنا (وسواء في ذلك العايد والثاني) لأنه ضمان يعتمد وجوبه الإلتلاف

يوجب استحقاق عذاب الآخرة ، فلها لو دل سارقاً على مال مسلم أو نفسه فقتله تأخر جزاؤه الأعظم إلى الآخرة ، ويعزّر في الدنيا من غير تضمين وإن كانت جنايته أعظم من دلالة الحرم على الصيد (قوله لأضيان على المكاتب) يفيد لزوم الضمان على المصدق . وفي الكافي : لو أخبر محرماً بصيد فلم يره حتى أبصره حرم آخر فلم يصدق الأول ولم يكذبه ثم طلب الصيد فقتله كان على كل واحد منهما الجزاء ، ولو كتب الأول لم يكن عليه جزاء . ومن شرائطها أيضاً أن يتصل بها القتل ، وأن يبقى الدال محرماً إلى أن يقتله الآخر ، وأن لا ينفلت ، فلو انفلت ثم أخذه فلا شيء على الدال لانهاء دلالته بالانفلت وإنشاء ثانياً لإنشاء لم يكن من عين تلك الدلالة ، ولو أخذه بقتله بضمها أخذه يذنب أن يضمن . وعلى هذا إذا أماره سكيناً ليقتله بها وليس مع الآخر ما يقتله أو قومها أو تشابهاً يرميه به ، وقد قدمنا من روايات الحديث في باب الإحرام عند مسلم هل أعثم ، ولا شك أن إعاره السكين إعارته عليه . وما في الأصل من أنه لا جزاء على صاحب السكين حمل على ما إذا كان المستعير يقتل على ذنبه بغيرها ، وصرح في السير بأن على صاحب السكين الجزاء ، وكذا لو دل على قوس ونشاب من ربه ولا يقتل على قتله لبعده . وأعلم أن صريح عبارة الأصل في الإعارة أنه لا جزاء على صاحب السكين ويكره ذلك . قال هبش الأعمى في المبسوط : أكثر مشايخنا يقولون تأويل هذه المسألة أنه إذا كان مع الحرم القاتل سلاح يقتل به لأنه متمكن من قتله ، فأما

ذلك شرها ، والدلالة مباشرة لخلاف ما التزم وذلك يوجب الضمان كدلالة المودع السارق على الوديعة (بخلاف الحلال) فإنه لم يلتزم شيئاً (على أن فيه) أي فيما إذا دل الحلال على صيد الحرم الجزاء على ما روى عن أبي يوسف وزفر رحمهما الله ، والدلالة الموجبة للجزاء أن لا يكون المدلول عالماً بمكان الصيد) لأنه إذا علمه لم يكن زوال الأمن بدلالته فلا يكون في معنى الإلتلاف (وأن يصدقه في الدلالة) ليكون في معنى الإلتلاف (أما إذا كذبه وصدق غيره فلا ضمان على المكاتب) وفيه إشارة إلى أن الضمان على ذلك الغير إن كان محرماً ، وهنا شروط آخر لم يذكرها : أحدهما أن يتصل بالقتل بهذه الدلالة لأن مجرد الدلالة لا يوجب شيئاً ، والثاني أن يبقى الدال محرماً عند أخذ المدلول لأن فعله إنما يتم جنايته إذا بقي محرماً إلى وقت القتل . والثالث أن يأخذه المدلول قبل أن ينفلت ، فلو صدقه ولم يقتله حتى انفلت ثم أخذه بعد ذلك فقتله لم يكن على الدال شيء لأن ذلك بمنزلة جرح ابن عمر (ولو كان الدال حلالاً في الحرم لم يكن عليه شيء) لما قلنا (إنه لا التزام من جهته ، فإن قيل : بل من جهته التزم بقصد الإسلام أن لا يتعرض لصيد الحرم . أجيبه بأن عقد الإسلام ليس بكاف في ذلك ، بل لا بد من عقد خاص كاف في عقد الوديعة ، ألا ترى أن المسلم التزم بقصد الإسلام أن لا يتعرض لأموال الناس ، ثم لو دل سارقاً على مال إنسان فأخذه لأضيان على الناس (والعائد والثاني) في وجوب الجزاء سواء . كانا قاتلين أو قاتلين (لأنه ضمان يعتمد وجوبه الإلتلاف) لقوله تعالى : - لمن قتل ممتلك - وكل ضمان يعتمد وجوبه الإلتلاف فالعايد فيه كالناسي كاف في غرامات الأموال . فإن قيل :

الدلالة في تأويل أن مع القاتل (قوله والثالث أن يأخذه المدلول) أقول : - والأول أن يقال أن يقتله المدلول

فأشبهه غرامات الأموال (والميتدئ والعائد سواء) لأن الموجب لا يختلف .

إذا لم يكن معه ما يقتل به ينبغي أن يجب الجزاء لأن التمكن بإعارته له ، ولأن هذا أشار في السير . قال شمس الأئمة والأصحح عندي أنه لا يجب الجزاء على المغير على كل حال لوجهين حاصل الأول أن معنى الصيدية تلف بأخذ المستعير للصيد فأخذه قتل حكماً ثم يقتله حقيقة ، وإعارة السكين ليس بإتلاف حقيقة ولا حكماً ، بخلاف الدلالة فإنه إتلاف لمعنى الصيدية من وجه حيث أعلم به من لا يقدر الصيد على الابتناع منه . والثاني أن إعارة السكين تم بالسكين لا بالصيد فإنها صحيحة وإن لم يكن صيد إذ لا يتعين استعماله في قتل الصيد ، بخلاف الإشارة إلى قتل الصيد فإنها متصلة بالصيد ليس فيها فائدة أخرى سوى ذلك ، ولا يتم ذلك إلا بصيد هناك ولذا يتعلق وجوب الجزاء بها . ولو أمر الحرم غيره بأخذ صيد فأمر بالمأمور آخر فالجزاء على الأمر الثاني لأنه لم يتمثل أمر الأول لأنه لم يأمره بالأمر ، بخلاف ما لو دل الأول على الصيد وأمره فأمر الثاني ثالثاً بالقتل حيث يجب الجزاء على الثلاثة ، وكلنا الإرسال ، فلو أرسل محرم محرماً إلى عزم يده على صيد فقتله المرسل إليه فعلى كل من الثلاثة الجزاء . وعن أبي يوسف : لو قال خلف هذا الحائط صيد فإذا صيد كثير فأخذه ضمن الدال كله ، فلو رأى واحداً فدل عليه فإذا عنده آخر فقتلهما المدلول كان على الدال جزاء الأول فقط . كما لو دله على واحد تنصيصاً والباقي بحاله . ولو قال خذ أحد هذين وهو يرهما فقتلهما كان على الدال جزاء واحد ، وإن كان لا يرهما فعليهما جزاءان لأنه بالأمر بأخذ أحدهما دال على الآخر لما لم يعلم بالمأمور بهما (قوله فأشبهه غرامات الأموال) من حيث أن الضمان يدور

ليس هذا كغرامات الأموال ، ألا ترى أن رجلين لو اشتركا في إتلاف شاة الغير كان على كل منهما نصف القيمة ، وإن اشتركا في قتل صيد كان على كل واحد منهما جزاء كامل . فالجواب أن مناط الإلحاق فداً به الإتلاف للضمان وقد وجدت ، والاتحاد في جميع الجهات يرفع التعدد ويبطل القياس . فإن قيل : هذا تحليل على مخالفة النص القاطع لقوله تعالى - ومن قتله منكم متعمداً - نص على التعدد وهو بخلاف التسيان ، فالجواب أن التخصيص بالذكر لا يدل على نفي الحكم عما عداه فجزاء ثبت حكم التسيان بدليل آخر وهو قوله صلى الله عليه وسلم « الضبع صيد وفيه شاة » من غير فصل بين عمد ونسيان ، وهو مذنب عمر وعبد الرحمن بن عوف وسعد ابن أبي وقاص رضي الله عنهم . فإن قيل : فما فائدة قوله متعمداً ؟ أوجب بأنها التنبيه لأن الدلالة قد قامت على أن صفة التعدد في القتل تمنع وجوب الكفارة فأعلم الله تعالى ههنا بأنها إذا وجبت في العمد فلا تنجب في الخطأ أولى (والميتدئ والعائد) في وجوب الكفارة (سواء) لأن العلة الموجبة كما وجدت ابتداء فقد وجدت انتهاء في المرة الثانية ، فلو تخلف الحكم عنه بطلت ، فإن قيل : قال الله تعالى - ومن عاد فينتقم الله منه - جعل كل جزاءه بالقائه انتقام الله فلا يكون له منه موجب سواء كما عرف ، فالجواب أن هذا متمسكاً بعباس وداود الظاهري في أن موجب العائد أن يقال له اذهب فينتقم الله منك ، ولكنا نقول : إن ذلك إذا عاد مستحلاً أو مستحقاً به كما في قوله تعالى في باب الربا - ومن عاد فأولئك أصحاب النار - الآية ، وأما إذا لم يكن كذلك فعليها الجزاء عملاً بدلالة

(قوله فالجواب أن العائد للإلحاق ، إن قوله : ويصل التيسار) أقول فيه بحث (قوله فجزاء) بحيث حكم التسيان بدليل آخر يقول صلى الله عليه وسلم (قول ويؤتيه الله المدا) أيضاً (قوله على أن صفة التعدد في القتل تمنع الخ) أقول : مسلم في الأذى ، ولكن قيل للبيعة فيما إذا كان معالج الأصل لا يشبه فلا يكون عطاء أول ما كما لا ينبغي (قوله ولكنا نقول : إن ذلك إذا عاد مستحلاً أو مستحقاً به) أقول : لما أن يقول : ما الدليل على هذا التقييد ، ولم لا يجوز أن يكون العود متعمداً يمنع وجوب الكفارة لعدم التنب وإلحاق العائد بالتيسار بالدلالة كإلحاق الغيب .

(والجزء عند أبي حنيفة وأبي يوسف زحما الله أن يقوم الصيد في المكان الذي قتل فيه أو في أقرب المواضع منه إذا كان في برية فيقومه ذوا عدل، ثم هو غير في القداء إن شاء ابتاع بها هديا وذبحه إن بليت هديا، وإن شاء اشترى بها طعاما وتصدق على كل مسكين نصف صاع من بر أو صاعا من تمر أو شعير، وإن شاء صام) على ما ذكر، وقال محمد والشافعي: يجب في الصيد النظير فيما له نظير، ففي الطي شاة، وفي الصيع شاة، وفي الأرنب عناق،

مع الإلتلاف غير مقيد بالعدل لأمطلقا، فإن هذا الضمان يتأدى بالصوم (قوله وقال محمد والشافعي الخ) ذكر في النهاية أن الخلاف في فصول: الأول أن الواجب عندهما القيمة، وعند محمد والشافعي النظير فيما له نظير، الثاني أن الذي إلى الحكين تقوم مقتول، فإذا ظهرت قيمته فالخيار إلى القاتل بين أن يشترى بها هديا يهديه أو طعاما يتصدق به أو يصوم عن كل طعام مسكين يوما، وعند محمد والشافعي إلى الحكين، فإذا عينا نوعا لزمه اه. وقال غيره: الخيار في تعيين الهدى والإطعام والصيام إلى الحكين، فإذا حكما بالهدى فالمتبر فيما له مثل ونظير من حيث الخلقة ما هو مثله في الصيع شاة الخ. والحاصل أن المشايخ اختلفوا في تعيين قول محمد حكى الصالحاوى عنه أن الخيار إلى الحكين، فإن حكما عليه بالهدى نظر القاتل إلى نظيره من النعم من حيث الخلقة إن كان الصيد مما له نظير سواء كانت قيمة نظيره مثل قيمته أو أقل أو أكثر لا ينظر إلى القيمة فيجب، وإن لم يكن له نظير كسائر الطيور تعتبر قيمته كما قالوا. وحكى الكرخي قول محمد أن الخيار إلى القاتل غير أنه إن اختار الهدى تعين النظير فيما له نظير، وعند الشافعي يجب النظير ابتداء من غير اختيار أحد، وله أن يطعم ويكون الطعام بدلا من النظير لاعتدال الصيد كلها في البدائع. وعن زفر رحمه الله علم جواز الصوم حالة القدرة على الهدى والإطعام، قاسه على كثرة البين والظهار وهدى النعمة، وقال حنيفة أنه لا يثبت الترتيب كما في قطع الطريق، ودفع بأن شرط القياس عدم النهي في الفروع، والنص الكائن فيه يوجب التخيير بمقتضى أهله وإعماله في موضع في مجازها للدليل لا يجوز اعتبارها كذلك في كل موضع لعلم الدليل فيها (قوله في الأرنب عناق الخ) العناق: الأثني من أولاد الممر، والجلدى الذكر، وهما دون الجذع، والجفر: ما يبلغ أربعة أشهر من

النص. وقوله (والجزء عند أبي حنيفة وأبي يوسف أن يقوم الصيد) يعني يقوم ذوا عدل من حيث أنه صيد لا من حيث ما زاد عليه صنعة، فإذا قتل المحرم بازبه المعلم فله قيمة غير معلم وطولب بالفرق بينه وبين ما إذا قتل لغيره فإنه يجب قيمته معلما. وأوجب بأن وجوب الجزء باعتبار معنى الصنعة وهو التوحش والتفرغ عن الناس، وكونه معلما لا مدخل له في ذلك بل ينقص به ذلك فلا يدخل في الجزء. وأما وجوب القيمة في الإلتلاف فياجتاز المالية وهي بالانضاع، وذلك يزداد بكونه معلما فيدخل في الضمان، وإنما قيد بقوله صنعة لأنه إذا كانت الزيادة بأمر خلق كما إذا كان طير يصوت فازداد قيمته لذلك في اعتبار ذلك في الجزء روايتان: في رواية لا يعتبر لأنه ليس من معنى الصيدية في شيء، وفي أخرى يعتبر لأنه وصف ثابت بأصل الخلقة كالحمام إذا كان مطوقا، وقوله (ثم هو) يعني القاتل (غير في القداء) ظاهر (وقال محمد والشافعي زحما الله) يجب في الصيد النظير فيما له نظير (أي في المنظر لا في القيمة) ففي الطي شاة (ظاهر) واستدل على ذلك بقوله تعالى: فجزاء مثل ما قتل من النعم - ووجهه أن مثل المقتول من النعم ما يشبه المقتول صورة لأن من النعم بيان

بالصيد عندنا فإن المال أعظم جرما من الميت، ألا ترى أن الصبية بالإصرار تصير كبيرة (قال المصنف: والجزء عند أبي حنيفة وأبي يوسف زحما الله أن يقوم الصيد في المكان الذي قتل فيه) أقول: فيه تسليح لظهور أن الجزء ليس النعم بل أحد الأضياء الثلاثة.

وفي البر بوع جفيرة، وفي النعامة بدنة، وفي حمار الوحش بقرة لقوله تعالى - فجزاء مثل ماقتل من النعم - ومثله من النعم ما يشبه المقتول صورة لأن القيمة لا تكون نعمًا، والصحابة رضى الله عنهم أوجبوا النظر من حيث الحلقة والمنظر في النعامة والظني وحمار الوحش والأرنب على ما بينا. وقال صلى الله عليه وسلم «الضبع صيد وفيه شاة» وما ليس له نظير عنه محمد رحمه الله تجب فيه القيمة مثل العصفور والحمام وأشباههما. وإذا وجبت القيمة كان قوله كقولهما. والشافعي رحمه الله يوجب في الحمامة شاة ويثبت المشابهة بينهما من حيث إن كل واحد منهما يحب ويؤهل، ولأبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أن المثل المطلق هو المثل صورة ومعنى، ولا يمكن الحمل عليه فحمل على

النعاق، والأرنب جفيرة بالجحم (قوله فلقوله تعالى - فجزاء مثل ماقتل من النعم -) بناء على حل المثل على المائل في الصورة، وللفظ من النعم - بيان للجزاء أو للمثل، والقيمة ليست نعمًا ولذا أوجب الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين المثل من حيث الصورة في موطن مالك، أخبرنا أبو الزبير عن جابر «أن عمر قضى في الضبع بكيش، وفي الغزال بعز، وفي الأرنب بئناق، وفي البر بوع بجفيرة» وروى الشافعي حديثاً أن عمر وعثمان وعلياً وزيد بن ثابت وابن عباس ومعاوية رضوان الله عليهم قالوا: في النعامة يقتلها الحرم بدنة من الإبل، وفيه ضعف والقطع، فلذا قال عقيبه: إنما نقول إن في النعامة بدنة بالقياس لاجلها الأثر لأنه غير ثابت عند أهل العلم بالحديث اهـ. لكن أخرج البيهقي عن ابن عباس قال «في حمامة الحرم شاة، وفي بيضتين درهم، وفي النعامة جزور، وفي البقرة بقرة، وفي الحمار بقرة» (وقال صلى الله عليه وسلم «الضبع صيد وفيه شاة») رواه أبو داود عن جابر بن عبد الله قال «سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الضبع أسيد هو؟ قال نعم، ويحمل فيه كيش إذا أصابه الحرم» وأخرجه أيضاً الحاكم عن جابر قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «الضبع صيد، فإذا أصابه الحرم ففيه كبش مسن ويؤكل» وقال صحيح، ولم يخرجاه (قوله ولأبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أن المثل المطلق هو المثل صورة ومعنى) وهو المشارك في النوع، وهو غير مراد هنا بالإجماع، فبقي أن يراد المثل معنى وهو القيمة،

للمثل (والقيمة لا تكون نعمًا، وبأن الصحابة رضى الله عنهم) وهم عمرو بن عبد الله بن مسعود (أوجبوا النظر على ما بينا) يعني قوله في الظني شاة وفي الضبع شاة وفي البر بوع جفيرة وهي التي بلغت أربعة أشهر الخ (وما ليس له نظير) من حيث الحلقة (مثل العصفور والحمام وما أشبههما يجب فيه القيمة عند محمد، وإذا وجبت القيمة كان قوله كقول أبي حنيفة وأبي يوسف) والشافعي يعتبر المماثلة من حيث الصفات فأوجب في الحمام شاة لمشابهة بينهما (من حيث إن كل واحد منهما يحب ويؤهل) العب من باب طلب: أي يشرب الماء بمجرة من غير أن يقطع الجرح، قاله أبو عمرو، والحمام يشرب هكذا بخلاف سائر الطيور فإنها تشرب شيئاً فشيئاً، ويقال هلل البعير والحمام إذا صوّت من باب ضرب (ولأبي حنيفة وأبي يوسف أن) الله تعالى أطلق المثل و (المثل المطلق هو المثل صورة ومعنى ولا يمكن الحمل عليه) فخرج ما ليس له مثل صوري من تناول النص، وفي ذلك إهماله عن حكم الشرع فحمل على المثل معنى لكونه معهوداً في الشرع كما في حقوق العباد، أو لكون المثل المعنوي مراداً بالإجماع فيما لا مثل له صورة فلا يكون غيره مراداً وإلا لزم عموم المشترك، أو الجمع بين الحقيقة والحجاز وكلاهما غير جائز هنا ما قالوا. واعترض بأن المثل ليس بمشترك بين المثل صورة وبينه معنى، ولا هو حقيقة في أحدهما

(قوله ولا يمكن الحمل عليه فخرج ما ليس له مثل) أقول: قيل لا يتناول النص شيئاً من العباد لا يتناول المماثلة بين الحيوانات صورة ومعنى.

المثل معنى لكونه معهودا في الشرع كما في حقوق العباد أو لكونه مرادا بالإجماع ، أو لما فيه من التعميم ، وفي ضده التخصيص . والمراد بالنص والله أعلم ، فجزاء قيمة ما قتل من النعم الوحشي . واسم النعم ينطلق على الوحشي والأهلي ، كلما قاله أبو عبيدة والأصمعي ورحمهما الله . والمراد بما روى التقدير به دون إلحاح المعين .

وهذا لأن المعهود في الشرع في إطلاق لفظ المثل أن يراد المشارك في النوع أو القيمة ، قال تعالى في ضمان العدوان . فمن اعتدى عليكم فاعتلوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم . والمراد الأعم منهما . أعني المماثل في النوع إذا كان المثلث مثليا والقيمة إذا كان قيميا بناء على أنه مشترك معنوي ، والحيوانات من القيميات شرعا إهدارا للمماثلة الكائنة

بمجاز في الآخر حتى يلزم ما ذكرتم ، بل هو مطلق يتناولهما كالرقبة تتناول المؤمنة والكافرة فيدخل تحته المثل المطلق الصوري والمعنوي كما في قوله تعالى . فمن اعتدى عليكم فاعتلوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم . دخل ماله مثل صورة ومعنى كما في المثليات ، وما ليس له مثل إلا معنى كالقيميات ، والجواب أن المطلق ما يتعرض للثبات دون الصفات لا بالثبوت ولا بالإثبات فهو الدال على الماهية فقط وذلك يتحقق تحت كل فرد من أفراد المحتملة ، فلو كان دالا على ذلك لوجب النعامة عن النعامة ، وليس كذلك بل هو حقيقة عرفية في المطلق ومجاز في غيره ، والمجاز ههنا مراد بالإجماع فلا يكون غيره مرادا ، وبمثل ذلك نقول في الآية الأخرى ، أما على قول من يقول موجب الغصب القيمة ورد العين مخلص فظاهر لأن الموجب الأصلي أولى بالإرادة ، ورد العين ثبت بقوله عليه الصلاة والسلام « على اليد ما أخذت حتى ترد » وأما على قول من يقول موجب الغصب رد العين وأدام القيمة مخلص فلكذلك تكون القيمة ثابتة بالكتاب ورد العين بالنسبة ، وهذا الحل من خواص هذا الشرع وجهه المقل دموعه . وقوله (أولما فيه من التعميم) دليل آخر : يعني في اعتبار المثل معنى تعميم لأنه يتناول ماله نظيره وما ليس له نظير (وفي ضده) أي في اعتبار المثل صورة (تخصيص) لتناوله ماله نظيره فقط ، والعمل بالتعميم أولى لكون النص حينئذ أعم فائدة . وقوله (والمراد بالنص) جواب عن قوله لأن القيمة لا تكون نعما ، وتقريره أن المراد بالآية فجزاء هو قيمة ما قتل من النعم الوحشي لأن المثل بمعنى القيمة على ما بينا ، ومن النعم بيان لما قتل ، والمراد من النعم النعم الوحشي لأن الجزاء إنما يجب بقتله لا بقتل الحيوان الأهلي ، وقد ثبت أن النعم كما يطلق على الأهلي في اللغة يطلق على الوحشي ، قاله أبو عبيدة والأصمعي . فإن قيل : ما صنع بقوله هديا وهو حال من جزاء ، فإذا كان الجزاء القيمة كيف يمكن أن يكون هديا بالغ الكعبة ؟ أجيب بأن معناه إذا قوم فبلغت قيمته هديا بالغ الكعبة فالقاتل بالخيار بين الأمور الثلاثة (وقوله والمراد بما روى) جواب عن قوله قال عليه الصلاة والسلام « الضبع صيد وفيه شاة » وعن أثر الصحابة : يعني أن إلحاح النبي صلى الله عليه وسلم والصحابة رضي الله عنهم

(قوله دخل ماله غل غشوة ومعنى كما في المثليات الخ) أقول : الخللان هما الموجودتان المشتركتان في جميع الصفات النفسية ، وهما التي لا يصحاح في وصف الشيء بها إلى تغل عليه ويقابلها الصفات المنسية (قوله لا بالثبوت ولا بالإثبات) أقول : كما بين في الأصول (قوله والمجاز ههنا مراد بالإجماع الخ) أقول : المعنى المجازي لفظ المثل مع المثل الصوري والمعنوي ، فلا يلزم عموم المشترك ولا الجمع بين الحقيقة والمجاز (قوله وبمثل ذلك نقول في الآية الأخرى الخ) أقول : الآية دلت على إلحاح الضمان بالمثل صورة ومعنى في غصب المثليات كما سببه في كتاب النصب ، وعلى إلحاح الضمان بالمثل معنى في غصب القيميات إذا ملك العين المنسوب كما اعترف به هنا فانظر لفظ المثل كلها فورد الاحتراض ، ورد العين أمر آخر ليس من إلحاح ضمان المثل فخلل (قوله لأن قيل ما يصنع بقوله هديا وهو حال من جزاء الخ) أقول : بل من التعميم في أنه فإن جزاء إما مبدأ أو غير ، والحال إما يكون من القاتل أو المقتول به على الأخير (قوله أجيب بأن معناه الخ) أقول : لم يحصل ما ذكره الجواب عن السؤال ، والأول أن يقال : قوله تعالى . هديا . حال مقدرة ، أي صائر هديا بواسطة الشراء به أو إصطافه به لآدمه

ثم الخيار إلى القاتل في أن يجعله هديا أو طعاما أو صوما عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله. وقال محمد والشافعي رحمهما الله : الخيار إلى الحكيم في ذلك ، فإن حكما بالهدى يجب النظر على ما ذكرنا ، وإن حكما بالطعام أو بالصيام فعلى ما قال أبو حنيفة وأبو يوسف . لهما أن التأخير شرع رفقا بمن عليه فيكون الخيار إليه . كما في كفارة الجين . ولمحمد والشافعي قوله تعالى - يحكم به ذوا عدل منكم هديا - الآية ، ذكر الهدى منصوبا

في تمام الصورة فيها تغليبا للاختلاف الباطني بين أبناء نوع واحد ، فما ظنك إذا اتفق المشاركة في النوع أيضا فلم يبق إلا مشكلة في بعض الصورة كطول العنق والرجلين في النعامة مع البهنة ونحو ذلك في غيره ، فإذا حكم الشرع بانتفاء اعتبار المماثلة مع المشكلة في تمام الصورة ولم يضمن المتلف بما شاركه في تمام نوعه بل بالمثل المعنوي فعند عدمها وتكون المشكلة في بعض الهيئة انتفاء الاعتبار أظهر ، إلا أن لا يمكن ذلك بأن لا يكون للفظ حمل يمكن سواء ، فالواجب إذا عهد المراد باللفظ في الشرع وتردد فيه في موضع يصح حله على ذلك المعهود وغيره أن يحمل على المعهود ، وما نحن فيه كذلك فوجب المصير إليه ، وأن يحمل حكم الصحابة بالنظر على أنه كان باعتبار تقدير المالية : أي بيان أن مالية المقتول كالمالية الشاة الوسط لاهل معنى أنه لا يجزى غيره . يبي أن بين احتمال لفظ الآية لذلك ، وفيها قراءتان مشهورتان - ومن قتل منكم متعملا فجزاء - مرفوع منون : مثل ما قتل من النعم - يرفع مثل ، والأخرى - فجزاء مثل - بإضافة الجزاء إلى مثل وهي إضافة بيانية فالمعنى واحد : أي فجزاء هو مثل ما قتل ومضمون الآية شرط وجزاء حذف منه المبتدأ بعد فاء الجزاء أو التأخير تقديره فالواجب عليه جزاء مثل ما قتل : أي قيمة ما قتل أو فعله جزاء . ومن النعم بيان لما قتل أو للعائد إليها : أضى المنصوب المحلوف أي ما قتل من النعم الوحشي ، والنعم يطلق عليه لغة كما يطلق على الأهل فيعتلق بمحلوف لأنه في موضع الحال . وقوله تعالى - يحكم به ذوا عدل منكم - جملة واقمة صفة لجزاء الذي هو القيمة أو مثل الذي هو هي ، لأن مثلا لا تعرف بالإضافة فجاء وصفها ووصف ما أضيف إليها بالجملة ، وهديا حال من ضمير به وهو الراجع إلى ما يجعل موصوفا منهما وهي حال مقدرة : أي صائرا هديا به وذلك في نفس الأمر بواسطة الشراء بها أو غير ذلك ، وبالعكس صفة لأن إضافته لفظية فتوصف به الذكر - أو كفارة طعام مساكين أو عدل ذلك صياما - معطوفان على الجزاء لأنهما مرفوعان ، وتمام مؤدى التركيب على هذا ، فالواجب عليه جزاء هو قيمة ما قتل من النعم الوحشي يحكم به : أي بملك الجزاء الذي هو القيمة عدلان حال كونه صائرا هديا بواسطة القيمة - أو كفارة طعام مساكين - إلى آخرها : أي الواجب أحد الأمرين من القيمة الصائرة هديا ومن الإطعام والصيام المبيين على تعرف القيمة ، فقد

هذه النظائر لم يكن باعتبار أعيانها إذ لا مماثلة بين الفصيح والشاة خلقه ، وإنما كان باعتبار التقدير بالقيمة ، إلا أنهم كانوا أرباب المواشي فكان الأداء عليهم منها أيسر وهو نظير قول على رضي الله عنه في ولد المرفور : يفلح الغلام بالغلام والجارية بالجارية والمراد القيمة . قال (ثم الخيار إلى القاتل) يعني إذا ظهر قيمة الصيد يحكم الحكيم وهي تبلغ هديا ، فالخيار (في أن يجعله هديا أو طعاما أو صوما) إلى القاتل (عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وقال محمد والشافعي : الخيار إلى الحكيم) في تعيين أحد الأشياء (فإن حكما بالهدى يجب النظر على ما ذكرنا ، وإن حكما بالطعام أو بالصيام فعلى ما قاله أبو حنيفة وأبو يوسف) يعني من اعتبار القيمة من حيث المعنى (لهما) أي لأبي حنيفة وأبي يوسف (أن التأخير شرع رفقا بمن عليه فيكون الخيار إليه) ليرتفق بما يختار (كما في كفارة الجين . ولمحمد والشافعي قوله تعالى - يحكم به ذوا عدل منكم هديا - الآية) ووجه ذلك أنه ذكر الهدى منصوبا

لأنه تفسير لقوله تعالى - يحكم به - ومفعول لحكم الحكم ، ثم ذكر الطعام والصيام بكلمة أو فيكون الخيار إليهما . قلنا : الكفارة عطف على الجزء لاعلى الهدى بدليل أنه مرفوع ، وكلما قوله تعالى - أو عدل ذلك صياما - مرفوع ، فلم يكن فيها دلالة اختيار الحكمين ، وإنما يرجع إليهما في تقويم المثلث ثم الاختيار بعد ذلك إلى من عليه ، ويقومان في المكان الذي أصابه باختلاف القيم باختلاف الأماكن ، فإن كان الموضع برا لا يباع فيه الصيد يعتبر أقرب

ظهر تأدّى المعنى الذى ذهبنا إليه من لفظة الآية من غير زيادة تكلف فيها ، وكون الحال مقدرة كثير بشر ، وهو وإن لم يلزم على تقدير المخالف فيها يلزم على تقديره في وصفها وهو بالغ الكمية فإنه لا يصح حكمهما بالهدى موصوفا ببلوغه إلى الكمية حال حكمهما به على التحقيق ، بل المراد بمكان به مقدرا بلوغه ، فلزوم التقدير ثابت غير أنه يختلف محله على الوجهين ، ثم على كل تقدير لادلالة الآية على أن الاختيار إلى الحكمين ، بل الظاهر منها أنه إلى من عليه فإن مرجع ضمير المحلوف من الخير أو متملك المبتلى إليه : أعنى ما قدرناه من قولنا فالواجب عليه أو فعلية والله جلّت عظمتة أعلم (قوله لأنه تفسير لقوله تعالى - يحكم به -) سواه تفسير لأنه أزال الإجماع عنه في الجملة حتى سواه بعض تمييز الكونه حالا وكل حال تكشف عن إجماع في الجملة : أعنى اعتبار أحوال ما هي له هذا ، ويقوم الصيد بما فيه من الخلقة بما زاده التعليم ، فلو كان بازيا صيد أو ما يصح من بعيد قوم لا باعتبار الصيدية والحيوية من بعيد ، فإذا كان مملوكا كان عليه قيمته لما لکه يعتبر فيها ما يزيده التعليم وقيمتة للجنابة لا يعتبر فيها ذلك . أما لو كان قيمته زائدة لحسن تصويته في اعتبارها روايتان : في رواية لا تعتبر لأنه ليس من أصل الصيدية ، وفي أخرى تعتبر لأنه ثابت بأصل الخلقة كالحمام المطوق ، أما في الفصص فيضن بما يشترى به

تفسيرا لقوله - يحكم به -) فإن ضمير به مبهم ففسره بقوله هديا فكان نصبا على التفسير ، وقيل أى التمييز فثبت أن المثل إنما يصير هديا باختيارهما وحكمهما (أو مفعول لحكم الحكم) أى على أن يكون بدلا من الضمير محمولا على محله كما في قوله تعالى - قل أتني هديا ربي إلى صراط مستقيم دينا قيا - وفي ذلك تنصيص على أن التبيين إلى الحكمين ، ثم لما ثبت ذلك في الهدى ثبت في الطعام والصيام لعدم القائل بالفصل ولأنه عطفهما عليه بكلمة (أو) وهي للتخيير (فيكون الخيار إليهما) وفي توجيه هذا الكلام إشكال لأن ذكر الطعام والصيام بكلمة (أو) لا يفيد المطلوب إلا إذا كان كفارة منصوبا على ما هو قراءة عيسى بن عمر النحوى وهي شاذة ، والشافعى لا يرى الاستدلال بالقراءة الشاذة لأن حيث إنه كتاب ولا من حيث إنه خبر كما عرفت في الأصول ، وقوله (قلنا) جواب عن استدلالهما ، وتقديره أن الدليل إنما يصح أن لو كان كفارة معطوفة على هديا ، وليس كذلك باختلاف إعرابهما ، وإنما هي معطوفة على قوله فجزاء بدليل أنه مرفوع (وكذلك قوله تعالى - أو عدل ذلك صياما - مرفوع فلم يكن في الآية دلالة اختيار الحكمين) في الطعام والصيام ، وإذا لم يثبت الخيار فيهما للحكمين لم يثبت في الهدى لعدم القائل بالفصل (وإنما يرجع إليهما في تقويم المثلث) لا غير (ثم الاختيار بعد ذلك إلى من عليه) وفعله (ويقومان) أى الحكمان (في المكان الذى أصابه) المحرم ، قال شيخ الإسلام : وكلما يعتبر الزمان الذى أصابه فيه باختلاف القيم باختلاف الأماكن والأزمان . وقوله (فإن كان الموضع برا) ظاهر .

(قوله وقيل : أى التمييز) أقول : بين الإقتناى (قوله فلم يكن في الآية دلالة اختيار الحكمين إلخ) أقول : فإن قلت : عدم الدلالة لا يمنع الدلالة على عدم وقد بين المحرم ثبوت الاختيار في الهدى فيثبت في الآخرين بالإجماع التركيب ولا يفيده ما ذكره بدون إطلاق محسنة

المواضع إليه مما يباع فيه ويشترى ، قالوا : والواحد يكفي والمتى أولى لأنه أحوط وأبعد عن الغلط كما في حقوق العباد ، وقيل يعتبر المتى هنا بالنص (والهدى لا يبيع إلا بمكة) لقوله تعالى - هديا بالغ الكعبة - (ويجوز الإطعام في غيرها) خلافا للشافعي رحمه الله : هو يعتبره بالهدى والجامع التوسعة على سكان الحرم ، ونحن نقول : الهدى قرابة غير معقولة فيمتنع بمكان أو زمان ، أما الصدقة قرابة معقولة في كل زمان ومكان (والصوم يجوز في غير مكة) لأنه قرابة في كل مكان (فإن ذبح الهدى بالكوفة أجزأه عن الطعام) معناه إذا تصدق بالهضم وفيه وفاء بقيمة الطعام لأن الإراقة لا تنوب عنه : وإذا وقع الاختيار على الهدى يهدي ما يجزيه في الأضحية

في البلد إلا إذا كان الحرم من الهوكمية الذيك لنقاره والكيش لنطاحه والتيس لعيه (قوله وقيل يعتبر المتى) أى في الحكم المقوم . والذين لم يوجبوه حلوا العدد في الآية على الأولوية لأن المقصود به زيادة الإحكام والإتقان ، والظاهر الوجوب وقصد الإحكام والإتقان لا ينافيه بل قد يكون داعيته (قوله ونحن نقول الخ) وذلك أنه لما عين الهدى أحد الواجبات علم أنه ليس المراد مجرد التصديق بالهضم والاحصل التصديق بالقيمة أو بلحم يشترطه : بل المراد التقرب بالإراقة مع التصديق بلحم القربان وهو تنبع متمم المقصود فلا يتعلم الإجزاء بفواته عن ضرورة ، فلذا لو سرق بعد الإراقة أجزأه ، بخلاف ما لو سرق قبلها أو ذبح بالكوفة فسرق لا يجوز به لأن القرابة هناك لا تحصل إلا بالتصديق باختصاص قرابة الإراقة بمكان مخصوص أعني الحرم ، ولا يتصدق بشيء من أجزاء على من لا تقبل شهادته له . ويجوز على أهل الذمة والمسلم أحب ، ولو أكل من الأجزاء غرم قيمة ما أكل (قوله وإذا وقع الاختيار على الهدى يهدي ما يجزي في الأضحية) حتى لو لم تبلغ قيمة المقتول إلا عناقا أو حلا كضر بالإطعام أو الصوم لا بالهدى ، ولا يتصور التكفير بالهدى إلا أن تبلغ قيمته جدعا عظيما من الضأن أو ثنيا من غيره ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وعند محمد رحمه الله يكفر بالهدى وإن لم يبلغ ذلك ، ومنهم من جعل قول

وقوله (وقيل يعتبر المتى هنا) في جزاء الصيد (بالنص) وهو قوله تعالى - يحكم به ذوا عدل - قال في الكشف عن قبيصة أنه أصاب ظبيا وهو عرم ، فسأل عنه عمر فشاور عبد الرحمن بن عوف ثم أمره ببيع شاة ، فقال قبيصة لصاحبه : والله ما علم أمير المؤمنين حتى سأله غيره ، فأقبل عليه ضربا وقال : أتقصي الفتيا وتقتل الصيد وأنت عرم ؟ قال الله تعالى - يحكم به ذوا عدل منكم هديا - فأنا عمر وهذا عبد الرحمن . وقوله (ويجوز الإطعام في غيرها) يعني سواء كان طعام الإباحة أو التملك . وقوله (والصوم يجوز في غير مكة) يعني بالإجماع ، وقوله (إذا تصدق بالهضم وفيه وفاء بقيمة الطعام) بأن يصيب كل مسكين من اللحم ما تبلغ قيمته نصف صاع من بر قياسا على كثارة العين وكان من شرط تصدقه التفريق ، بخلاف ما إذا ذبح بمكة فإنه إذا تصدق به بعد الذبح على فقير واحد جاز لأن جزأه من حيث الهدى لا من حيث الصدقة . وقوله (لأن الإراقة لا تنوب عنه) أى لأن الإراقة الحاصلة بمكان غير الحرم لا تنوب عن الهدى ، حتى لو سرق المذبوح أو ضاع قبل التصديق به بقي الواجب عليه كما كان ، بخلاف المذبوح بمكة حيث يخرج عن المهلة وإن سرق أو ضاع قبل التصديق به . قال (وإذا وقع الاختيار على الهدى) إذا اختار القاتل الهدى (يهدي ما يجزيه في الأضحية) وهو الجذع الكبير من الضأن أو النىء من غيره

قلت : أشار إليه بقوله وإنما يرجع إليها في تقوم الخلف (قوله وقال أنتمس) أقول : بالسداد المهمة : أى يتعظمها وتعلم لها (قوله وقوله لأن الإراقة لا تنوب عنه الخ) أقول : والأظهر معنى أن نسير مع حاله لطلب العلم : يعني أن مجرد الإراقة بدون التصديق لا تنوب عن الإطعام ، وأما أن يأتى بها من الهدى فقد علم من قوله والهدى لا يبيع إلا بمكة .

لأن مطلق اسم الهدى ينصرف إليه ، وقال محمد والشافعي : يجوز صفار النعم فيها لأن الصحابة رضوا أنفسهم أوجبوا عناقا وجفرة ، وعند أبي حنيفة وأبي يوسف يجوز الصفار على وجه الإطعام : يعني إذا تصدق ، وإذا وقع الاختيار على الطعام يقوم التلف بالطعام عندنا لأنه هو المضمون فيعتبر قيمته (وإذا اشترى بالقيمة طعاما تصدق على كل مسكين نصف صاع من بر أو صاعا من تمر أو شعير ، ولا يجوز أن يطعم المسكين أقل من نصف صاع) لأن

أبي يوسف كقول محمد لأن الصحابة أوجبوا عناقا وجفرة على ما ذكرناه من قريب . وأبو حنيفة يقول : المنصوص عليه الهدى ومطلقه في الشرع ينصرف إلى ما يبلغ ذلك السن لأنه اليهود من إطلاقه في هدى المتعة والقران والأضحية فيحمل عليه ، وإنما يراد به غير ما ذكرنا عناقا فيقتيد بجواز اختياره بالقرينة كما لو قال ثوبى هدى لزمه الثوب لتفيد الهدى بدكره ، ولذا لو قال : إن فعلت كذا فعلت هدى لزمه شاة . ثم إذا أختار الهدى وبلغ ما يرضى به قال المصنف لا يذبح إلا بمكة ، يريد الحرام مطلقا ، ولو ذبحه في الحل لا يميزه من الهدى بل من الإطعام فيشترط أن يعطى كل فقير قدر قيمة نصف صاع خنطة أو صاع من غيرها ، فإن كانت قيمة اللحم مثل قيمة المقتول أجزأه ولا فيكحل ، ويجوز أن يتصدق بالشاة الواقعة هديا على مسكين واحد كما في هدى المتعة (قوله وعند أبي حنيفة وأبي يوسف : يجوز الصفار على وجه الإطعام الخ) يتضمن جوابها : يعني أن النوى وقوع الصفار هديا تعلق القرية فيه بنفسه بمجرد الإراقة لا جوازها مطلقا بل يميزها باعتبار القيمة إطعاما فيجوز كون حكم الصحابة كان على هذا الاعتبار في الصفار ، فبعد فعلهم ذلك حيث لا يتناقى ما ذهب إليه فلا يتنقض عليه ، وأما صيرورة ولد الهدى هديا فللمتعة كقول الأصبهية (قوله عندنا) قيد بالظرف لنفي قول محمد إنه يقوم التطهير على ما ذكر لأنه الواجب عينا إذا كان للمقتول نظير ، وقوله (لأنه) راجع إلى التلف : يعني المضمون (فلا معنى لتقوم غير بطريقه ، ولو سلم أن التطهير هو الواجب عينا عند اختيار الهدى لم يلزم منه وجوب تقويمه عند اختيار خصلة أخرى فكيف وهو ممنوع (قوله ولا يجوز أن يطعم المسكين أقل من نصف صاع) ولا يمنع أن يعطيه أكثر ولو كان كل الطعام ، غير أنه إن فعل أجزأ عن إطعام مسكين نصف صاع وعليه أن يكفل بحسابه ويقع الباقي تطوعا ، بخلاف الشاة

عند أبي حنيفة (لأن مطلق اسم الهدى ينصرف إليه) كما في هدى المتعة والقران فإنه ينصرف إلى ما يميز في الأضحية ، واعترض عليه بأن اسم الهدى قد ينصرف إلى غيره كما إذا قال : إن فعلت كذا قربى هذا هدى فليكن في محل الزاح كذلك . وأنيب بأن الكلام في مطلق الهدى وما ذكرت ليس كذلك لأن الإشارة إلى الثوب قيدته بذلك . (وقال محمد والشافعي : يجوز صفار النعم) قال في النهاية : وذكر في المبسوط والأسرار وشروح الجامع الصغير لتفسير الإسلام وقاضي معاذ قول أبي يوسف مثل قول محمد لأن الصحابة رضوا عنه أوجبوا عناقا وجفرة . فدل على جواز ذلك في باب الهدى (وعند أبي حنيفة وأبي يوسف يجوز الصفار على وجه الإطعام) فيجوز أن يكون لإيجاب الصحابة على ذلك الوجه (وإذا وقع الاختيار على الطعام يقوم التلف بالطعام عندنا) وقال الشافعي : وقيل هو قول محمد يجب المثل ثم يقوم المثل بالطعام ، وأما عندنا فالتلف هو المضمون فيعتبر قيمته . وقوله (وإذا اشترى بالقيمة طعاما) إشارة إلى أنه يجوز أن يقوم التلف بالقيمة ثم يشتري بالقيمة طعاما .

(قوله وقيل هو قول محمد يجب المثل الخ) قول : صاحب القبيل هو عبد الله بن الصبر ، ولكن أنكره الإقناني بناء على ما في شرح مختصر ابن العربي والإيضاح وشرح الأملع وشرح الجامع الصغير لتفسير الإسلام من أنه يعتبر قيمة التلف عند وجه الله .

الطعام المذكور ينصرف إلى ما هو الموهود في الشرع (وإن اختار الصيام بقوم المقتول طعاما لم يصوم عن كل نصف صاع من بر أو صاع من تمر أو شير يوما) لأن تقدير الصيام بالمقتول غير ممكن إذ لا قيمة للصيام قدرناه بالطعام ، والتقدير على هذا الوجه موهود في الشرع كما في باب القدية (فإن فضل من الطعام أقل من نصف ضاع فهو غير إن شاء تصديق به وإن شاء ضام عنه يوما كاملا) لأن الصوم أقل من يوم غير مشروع ، وكذلك إن كان الواجب دون طعام مسكين يطعم قدر الواجب أو يصوم يوما كاملا لما قلنا (ولو جرح صيد أو نتف شعره أو قطع عضو منه ضمن ما ناقصه) اعتبارا للبعض بالكل كما في حقوق العباد (ولو نتف ريش طائر أو قطع قوائم صيد فخرج من حيز الامتناع فعليه قيمته كاملة) لأنه فوت عليه الأمن بتفويت آلة الامتناع فيفرض جزاءه (ومن كسر بيض نعمة فعليه قيمته) وهذا مروى عن علي وابن عباس رضي الله عنهم ، ولأنه أصل

في الهدى بناء على أن أصل القرية قد حصلت بالإراقة وإطعامه تبع متمم له (قوله ضمن ما ناقصه) وإن برأ وبقي له أثر ، وإن لم يعلم أمات وأبرأ في القياس يضمن ما ناقص ، وفي الاستحسان يضمن قيمته احتياطا كن أخرج صيدا من الحرم ثم أرسله ولا يعلم أدخل الحرم أم لا يجب قيمته ، ولو قلع سن ظي أو نتف شعر صيد فبقي مكانها أو ضرب حينها فابيضت ثم انجالت فلا شيء عليه عند أبي حنيفة ، وعليه ضلقة عند أبي يوسف باعتبار ما وصل إليه من الأثر ، وقد روي عن أبي يوسف أيضا اعتبار الأثر في الحناية على العباد حتى أوجب على الحاني عن الدواء وأجرة الطبيب إلى أن ينعمل . وفي مناسك الكرواني : لو ضرب صيدا ففرض فانتقصت قيمته أو زادت ثم مات كان عليه أكبر القيمتين من قيمته وقت الجرح أو وقت الموت . ولو جرحه فكفر ثم قتله كفر أخرى ، فلو لم يكفر حتى قتله وجبت عليه كفارة واحدة وما نقصت الجراحة الأولى ناقصة . وفي الجامع : محرم بعمرة جرح صيدا غير مسهل ثم أضاف إلى عمرته حجة ثم جرحه كذلك فمات منهما فعليه للعمرة قيمته مصححا وللحج قيمته وبه الجرح الأول ، ولو كان جرحه ثم حل من عمرته ثم أحرم بالحج ثم جرحه ثانيا فعليه للعمرة قيمته وبه الجرح الثاني وللحج قيمته وبه الجرح الأول ، ولو حل من العمرة ثم قرن ثم جرحه فمات فعليه للعمرة قيمته وبه الجرح الثاني وللقران قيمتان وبه الجرح الأول ، ولو كان الأول مسهلًا بأن قطع يده والثاني غير مسهل كما في المسألة بالما فعليه للعمرة قيمته مصححا للحال وللقران قيمتان وبه الجرح الأول ، ولو كان الثاني قطع يد أخرى فهي وما لو كان جرحا غير مسهل سواء لأنه لا يمكنه استهلاكه مرة ثانية (قوله لأنه فوت عليه الأمن بتفويت آلة الامتناع) يعني وكان كالإتلاف ، فهذا كالقياس البحاري في الدلالة مما قلناه ، فإن أدى الجزاء ثم قتله لزمه جزاء آخر ، وإن لم يؤده حتى قتله فجزاء واحد (قوله عن علي وابن عباس رضي الله عنهم) قال عبد الرزاق : حدثنا سفيان الثوري عن عبد الكريم الجزري عن حكيم عن ابن عباس قال : في بيض النعام يصيبه الحرم عنه . وروى ابن أبي شيبة عنه قال : في كل بيضتين درهم وفي كل بيضة نصف درهم . وروى ابن أبي شيبة عن ابن مسعود قال : حدثنا ابن الفضيل عن خصيف عن أبي عبيدة عن عبد الله قال : في بيض النعام قيمته . وقال عبد الرزاق : أخبرنا أبو حنيفة عن خصيف به ، وأخرج ابن أبي شيبة مثله عن عمر بن قيس ، وأخرج نحوه عن مجاهد والشعبي والنخعي وطاوس ، وفيه حديث

(قوله (ينصرف إلى ما هو الموهود في الشرع) يعني نصف صاع من بر كما في ضلقة القطر وكفارة البين والظهار ، وقوله (وإن اختار الصيام) ظاهر . وقوله (وكذلك إن كان الواجب دون طعام مسكين) بأن قتل يربوعا أو عصفورا ولم تقبل قيمته إلا بعد أن من الخنطة (يطعم ذلك القدر أو يصوم يوما كاملا لما قلنا) إن الصوم أقل من يوم غير مشروع ، وقوله (ولو جرح صيدا) ظاهر .

الصبيد ، وله عرضية أن يصير صبيدا فزل منزلة الصبيد احتياطا ما لم يفسد (فإن خرج من البيض فرخ ميت فعليه قيمته حيا) وهذا استحسان ، والقياس أن لا يفرم سوى البيضة لأن حياة الفرخ غير معلومة . وجه الاستحسان أن البيض معد ليخرج منه الفرخ الحى ، والكسر قبل أوانه سبب لموته فيحال به عليه احتياطا ، وعلى هذا إذا ضرب بطن ظلية فألقت جنينا ميتا وماتت فعليه قيمتهما

مرفوع رواه عبد الرزاق والدارقطني وهو ضعيف (قوله ما لم يفسد) الأوجه وصله بكسر يبيض نعمة : أى ومن كسر يبيض نعمة ما لم يفسد : أى فى زمن علم فسادها فعليه قيمته ، وما مصلوية نائبة عن ظرف الزمان ، وإنما لم يجب فى البيضة المذرة لأن ضمان البيضة ليس لذاتها بل للعرضية الضيد وليست المذرة بعرضية أن تصير صيدا ، فاتفق بهما ما قال الكرماني : إذا كسر يبيض نعمة ملرة وجب الجزاء لأن لقشرتها قيمة ، وإن كانت غير نعمة لا يجب شيء . وذلك لأن الحرم بالإحرام ليس التعرض للقشر بل للصليق فقط وليس للملرة عرضية الصبيدية (قوله والكسر قبل أوانه سبب لموته فيحال به عليه) يفيد أن هذا الحكم فيها إذا جهل أن موته من الكسر أولا ، فأما إذا علم أن موته قبل الكسر لا يجب فيه شيء لا لعدم الإماتة ولا فى البيض لعدم العرضية ، وإذا ضمن الفرخ لا يجب فى البيض شيء لأن ما بهما من أجله قد ضمنه ، ولو أخذ البيضة فحضرها تحت دجاجة ففسدت لا يخلط الجواب ، ولو لم يفسد وخرج منها فرخ وطاز لا شيء عليه ، وكلما لو قرص صيدا عن يفضيه ففسد ضمنه إحالة الفساد عليه لأنه السبب الظاهر . ولا يخفى عليك إذا تذكرت أن التعليل المذكور كالتعليل فى مسألة الفأرة التى توجد فى البئر ميتة لا يدري متى وقعت حيث حكم أبو حنيفة بإضافة موتها إلى وقوعها فى البئر ورب عليها حكم البئر التى ماتت فيها فأرة إحالة على السبب الظاهر ، وهما قد خالفاه هناك ووافقاه هنا فيطالبان بالفرق المؤثر لكل فرق . وعلى هذا لو جرح صيدا فغاب فوجده ميتا إن علم أنه مات بسبب آخر فعليه ضمان الجرح ، وإن لم يعلم يجب الضمان احتياطا للسببية الظاهرة ، كن أنخرج صيدا من الحرم وأرسله ولا يعلم أدخل الحرم أم لا يجب قيمته (قوله وعلى هذا) أى هذا الأصل وهو النسبة إلى ما هو سبب الظاهر (إذا ضرب بطن ظلية فألقت جنينا ميتا وماتت الأم فعليه ضمانهما) أما الأم فظاهر ، وأما الجنين فلا لأن ضرب البطن سبب ظاهر لموته وقد ظهر بحقيقته

وقوله (ما لم يفسد) إشارة إلى أنها إذا كانت ملرة فلا شيء عليه لأنه لم يتلف صيدا ولا ما هو بعرضية أن يصير صبيدا . وقوله (فإن خرج من البيض فرخ ميت) هذه المسألة لا تخلو ، أما إن علم أنه كان حيا ومات بالكسر ، أو علم أنه كان ميتا ، أو لم يعلم أن موته بسبب الكسر أولا ، فإن كان الأول ضمن قيمته ، وإن كان الثانى فلا شيء عليه ، وإن كان الثالث (فالقياس أن لا يفرم سوى البيضة لأن حياة الفرخ غير معلومة) وفى الاستحسان : يجب عليه قيمة الفرخ حيا لما ذكر فى الكتاب . وقريره : البيض معد ليخرج منه الفرخ الحى ، وكل ما هو معد ليخرج منه الفرخ الحى كسره قبل أوانه سبب لموت ذلك الفرخ ، وذلك إلتلاف له والإلتلاف يوجب الضمان . وقوله (فيحال به عليه) أى بالموث على الكسر والبلاء ضلة كان أصله يحال الموت على الكسر : أى يضاف إليه . فإن قيل : يبيض النعامة كيطن الظلية ، ولو ضرب بطن ظلية فألقت جنينا ميتا وماتت الظلية كان عليه قيمتهما على ما يجب ، فلم لا يكون عليه ههنا قيمة البيض والفرخ جميعا ؟ أجيب بأن ضمان البيض ليس لذاته بل باعتبار أنه سبب الفرخ ولذا لا يجب الضمان إذا كانت البيضة ملرة ، فإذا وجب ضمان الفرخ لا يجب ضمان البيض . وقوله (وعلى هذا) أى على القياس والاستحسان (إذا ضرب بطن ظلية فألقت جنينا ميتا وماتت فعليه قيمتهما) فإن

وليس في قتل الغراب والحداة والذئب والحية والعقرب والفأرة والكلب العقور جزء) لقوله صلى الله عليه وسلم
«خمس من الفواسق يقتلن في الحل والحرم، الحداة، والحية والعقرب، والفأرة، والكلب العقور» وقال صلى الله
عليه وسلم «يقتل الحرم الفأرة والغراب، والحداة والعقرب والحية والكلب العقور» وقد ذكر الذئب في بعض الروايات.
وقيل المراد بالكلب العقور الذئب، أو يقال إن الذئب في معناه،

ميتا فيحال عليه (قوله وليس في قتل الغراب) لم يقل ليس في قتل الحرم الخ جزء، بل أطلق نفي الجزء في قتلهم
ليفيد أنه لا يستعقب جزءا في الحرم ولا في الإحرام، فلهمنا استدلال بما يفيد إباحة قتلهم في الحرم وبما يفيد في
الإحرام، فالأول هو ما في الصحيحين من قوله عليه الصلاة والسلام «خمس من الفواسق يقتلن في الحل
والحرم: الغراب، والحداة، والعقرب، والفأرة، والكلب العقور» وفي لفظ مسلم «الحية» عوض العقرب،
وقال فيه: «والغراب الأبقع». والثاني ما في الصحيحين عن ابن عمر قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «خمس
من الدواب ليس على الحرم في قتلهم جناح: العقرب، والفأرة، والكلب العقور، والغراب، والحداة»
وأخرج جاهد أيضا عن ابن عمر قال: حدثني إحدى نساء رسول الله صلى الله عليه وسلم قال «يقتل الحرم» فذكر
الخمسة، وزاد فيه مسلم «والحية» قال: وفي الصلاة أيضا. وروى أبو داود عن أبي سعيد الخدري «مثل رسول
الله صلى الله عليه وسلم عما يقتل الحرم؟ قال: يقتل الحية، والعقرب، والفوسقة، والكلب العقور، والحداة
والسبع العادي، ويرى الغراب ولا يقتله» ولم يذكر فيه الترمذي السبع العادي، وقال: حديث حسن، وحمل
الغراب المنهي عن قتله هنا على غير الأبقع وهو الذي يأكل الزرع كما ذكره المصنف، وإنما يرميه لينقذه عن الزرع.
وأخرج الدارقطني عن ابن عمر قال «أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم الحرم بقتل الذئب والفأرة والحداة
والغراب» وفيه الحجاج بن أربطة، ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه مقتصرًا على الذئب، وأخرج نحوه عن عمر
 وابن عمر، وأخرج عن عطاء قال: يقتل الحرم الذئب وكل علو، ولم يذكر في الكتاب، وهذا ما قاله المصنف،
 وذكر الذئب في بعض الروايات. وأخرج الطحاوي عن أبي هريرة عن النبي، صلى الله عليه وسلم نحوه حديث
 مالك والبيهقي إلا أنه قال فيه: والحية والذئب والكلب العقور. وقال السرقسقي في غريبه: الكلب العقور يقال
 لكن عاقر حتى اللص المقاتل (قوله وقيل المراد بالكلب العقور الذئب) وقيل المراد به الأسد، أستدله السرقسقي
 عن أبي هريرة قال: حدثنا محمد بن علي قال: حدثنا سعيد بن منصور، حدثنا حفص بن ميسرة عن زيد بن
 أسلم عن ابن سيلان عن أبي هريرة أنه قال: الكلب العقور: الأسد (قوله أو يقال إن الذئب في معناه) يعني

قيل: قد تقدم أن ضمان الصيد يشبه غرامات الأموال، ومن ضرب بطن جارية فألقت جثينا ميتا وماتت
 كان عليه قيمة الجارية دون الجنين، فكيف وجبت ههنا قيمة الجنين؟ أنجب بأن الجنين في حكم الجزء من
 وجه وفي حكم النفس من وجه، والضممان الواجب لحق العباد غير مني على الاحتياط فلا يجب في موضع الشك،
 فأما جزء الصيد فبني على الاحتياط فرجح فيه شبه النفس في الجنين ووجب الجزء (وليس في قتل الفواسق
 الخمسة شيء لأن النبي صلى الله عليه وسلم استثنى بقوله عليه الصلاة والسلام «خمس من الفواسق يقتلن في الحل
 والحرم: الحداة، والحية، والعقرب، والفأرة، والكلب العقور» وذكر الذئب في بعض الروايات، فقيل

(قال المصنف: الحداة والحية والعقرب والفأرة والكلب العقور) لقول: اتفقت الروايات على ذكر الفأرة في المستحبات فلا وجه لتركها
 فيها سبق. والغراب إنما لم يذكرها لأنها ليست من الصيد فلا معنى لذكرها في سياق المستحبات منها، وليس في الحديث لفظ الاستثناء

والمراد بالغراب الذي يأكل الجيف ويخلط لأنه يتلصق بالأذى، أما العقوق فتعبر مستثنى لأنه لا يسمى غراباً ولا يتلصق بالأذى. وعن أبي حنيفة رحمه الله أن الكلب العقور وغير العقور والمستأنس والمتوحش منهما سواء لأن المتعبر في ذلك الجنس.

فيلحق به دلالة، ولا بد من تعيين ذلك الموجب للإلحاق في الدلالة. والذي يدور عليه كلامه هو كونها مبتدئات بالأذى، وضم غيره إلى ذلك غلطاً: يعني كونها تغيش بالاختلاف والانهاب، وسنذكر لهذا إتماماً إن شاء الله تعالى. قوله لأن المتعبر في ذلك الجنس وإن كان وصفه بالعقور لإعلاء إلى العلة لما روى أبو داود في المراسيل، وذكر الكلب من غير وصفه بالعقور فعلم أن المراد بالجنس، والذي ذكر وصفه بالعقورية يراد به الكلب الوحشي لأنه يكون عقوراً مبتدئاً بالأذى، فأفاد أنه وإن كان صيداً لا شيء فيه لكونه عقوراً، ويكون مافي المراسيل تنعم النوع بنى الجزاء لأن أحد صنفيه مؤذ وهو الصيد والأخر ليس بصيد أصلاً، إلا أن هذا يقتضي أن يكون بعض النوع الواحد وحشياً وبعضه لا. فإن استبعد ذلك وادعى أن كل نوع فطرته في الوحشية وعندها شاملة، لكل أفراداً ثم يمرض لبعضها خلاف الطبع الأصلي من التوحش والاستئناس. قلنا على التزل غشاً أن جنس الكلب غير وحشي، وإن وجد منه وحشي فالتوحش عارض له فاقضى أن لا يجب بقتل شيء منه جزاء. وفائدة التضييع على وصف بخصوصه بنى الجزاء: أعني ما هو معروض التوحش دفع توم أنه وحشي بالأصالة فيجب بقتله الجزاء، وأنه لو كان وحشياً لم يكن فيه شيء لكونه عقوراً، على أن الحق جواز الانقسام. وقولهم

فيها إذا ذكر الكلب العقور فمراده الذئب، أو يقال: إن الذئب في معنى الكلب العقور. وذكر المصنف رحمه الله في أول هذا الفصل الستة بناء على الرواية أو الدلالة. وقوله (والمراد بالغراب: الذي يأكل الجيف ويخلط) أي النجاسات مع غيرها أي يأكل الخبث تارة والنجاسة أخرى، وقع تكرار لأنه ذكره في أول الفصل مع زيادة معنى وهو كونه مروياً عن أبي يوسف فكان مستغنى عن ذكره. وقوله الذي يأكل الجيف خير لاصقة فكان موضع ضمير الفصل، واحتراز به عن الغراب الذي يأكل الزروع فإنه يغيب الضمان بقتله. وقوله (لأنه يتلصق بالأذى) قيل لأنه يقع على دبر الدابة، وقيل فعل هذا يكون في قوله في العقوق ولا يتلصق بالأذى نظر لأنه يقع على دبر الدابة (وعن أبي حنيفة أن الكلب العقور وغير العقور والمستأنس والمتوحش منهما) أي من الكلب العقور وغير العقور (سواء) أما العقور فظاهر لأنه ورد فيه الحديث، وأما غيره فلأنما لم يجب فيه الجزاء لأنه ليس بصيد يعلم توحشه خلقاً. وقوله (لأن المتعبر هو الجنس) يعني الحقيقة التي تسمى كلباً لا فرداً دون فرد، وهذا لأن هذا الجنس ليس بصيد، وفيه نظر لأنه يفيض إلى إطلاق الوصف المنصوص عليه وهو كونه عقوراً. والجواب أنه

حتى يرد عليه شيء فتأمل (قوله وذكر المصنف في أول هذا الفصل الستة بناء على) أقول: فكان الوجه أن لا يمس على الجنس كما لا شيء، والأولى أن يقال: ذكر الذئب بعد الكلب العقور على سبيل المثل التضميري ترجيحاً من المصنف كون المراد من الكلب العقور الذئب، فإن الكلب ليس من السيوف فلا حاجة إلى استثناءه من الآية فليأمل (قال المصنف: والمراد بالغراب الذي يأكل الجيف) أقول: ولعل التضييع المستطاد من التفسير لأنه روى أبو داود عن ثعلبي رضي الله عنه: مثل سئل الله عليه وسلم ما يقتل الحرم؟ قال: يقتل الحرم الحية والمقرب والقويسقة والكلب العقور والحداة والسبع الباسي ويرى الغراب ولا يقطعه ولا يذبحه، فليد من حل الغراب المأمور بقطعه على ما ذكره أبو يوسف، والمهين من قطعه حل الغراب للغير الأبقع وهو الذي يأكل الزروع لنفع التمازس (قوله وقع تكرار لأنه ذكره) إلى قوله: فكان سبب من ذكره (أقول: فيه زيادة غلط فلا يكون تكراراً محضاً) ثم أقول: إنه ذكر ذلك في هذا الباب قيل ورجحنا ونضيف ورقة تخميناً وهو قوله الجنس: التماس إلى قوله وحشي، وسبق العذر عن ذلك (قوله وقيل في هذا الخ) أقول يعني الإتيان (قوله لأن هذا الجنس ليس بصيد) أقول: فلا يحتاج إلى الاستثناء من الآية (قوله وفيه نظر لأنه الخ) أقول: لو منع هذا النظر يلزم اعتبار مفهوم

وكذا القارة الأهلية والوحشية سواء. والضب واليربوع ليسا من الخمس المستثناة لانهما لا يتبدنان بالأذى. وليس قتل البعض والغل والبراغيث والقراد شيء. لأنها ليست بصيد وليس بمتولدة من البled ثم هي مؤذية بطباعها، والمراد بالغل السود أو الصفر الذي يؤذي، وما لا يؤذي لا يجل قتلها، ولكن لا يجب الجزاء للعلة الأولى (ومن قتل قملة تصدق بما شاء) مثل كف من طعام لأنها متولدة من الثفت الذي على البled (وفي الجامع الصغير أطعم شيئا) وهذا يدل على أنه يخرجه أن يطعم مسكيناً شيئاً يسيراً على سبيل الإباحة وإن لم يكن مشيعاً (ومن قتل جرادة تصدق

القارة الوحشية والأهلية بفيله، وهذا كله إذا حكم بإعادة حقيقة الكلب، أما إذا قيل بأن المراد من الكلب العقور الذئب أو الأسد فلا إشكال حيث قد، إلا أنه يجب أن يجعل الأسد المحكوم عليه بأنه هو المراد بالكلب العقور على الأسد العادي عندهم لأنهم يوجبون الجزاء بقتل الأسد إذا لم يصل، ويدل على هذه الإرادة ما ذكرناه من حديث الترمذي وأبي داود (قوله وكذا القارة الأهلية والوحشية) لوجود المبيع في الوحشية وهو فسقها، والسور كذلك في رواية الحسن عن أبي حنيفة، وفي رواية هشام عن محمد: ما كان منه برياً فهو متوحش كالصيد يجب بقتله الجزاء (قوله وليس بمتولدة من البled) احتراز عن القملة (قوله وما لا يؤذي لا يجل قتلها) وإن كان لا يجب بقتلها الجزاء، وهكذا الكلب الأهل إذا لم يكن مؤذياً لا يجل قتلها لأن الأمر بقتل الكلاب نسخ بتفصيل القتل بوجود الإبداء (قوله للعلة الأولى) يعني كونها ليست بصيد ولا متولدة من البled، وهما وإن كانا عتئين المحكم الذي هو وجوب الجزاء. لكن فقيهما معاملة لغيره لأن الحكم إذا كان يثبت بعل شيء يكون نفيه معلولاً بعدم الكل، إذ لو ثبت شيء منها لم ينقض. وعن أبي يوسف في قتل القنفذ روايتان: في رواية جله نوعاً من القارة، وفي أخرى جعله كاليربوع فقيه الجزاء. وفي القتاوي: لا شيء في ابن عرس خلافاً لأبي يوسف، وأطلق غيره لزوم الجزاء في الضب واليربوع والسمور والسنجاب والذئب والعلب وابن عرس والأرنب من غير حكاية خلاف في شيء (قوله لأنها متولدة من الثفت الذي على البled) يفيد أن الجزاء باختيار أنه قضاء للثفت، فيستفاد منه أنه لو لم يأخذها من بدنه بل وجد قملة على الأرض فقتلها لا شيء عليه. وأعلم أن الإلقاء على الأرض كالقتل يجب به الصدقة، ولو قال حرم لخلال أرفع هذا القمل عنى أو دفع ثوبه إليه فقل ما فيه من القمل فقتله كان على الأمر الجزاء، وكذا إذا أشار إلى قملة فقتلها لخلال كان عليه جزاؤها لأن الدلالة موجبة في الصيد فكأنما ما في حكمة، كذا

ليس للقيد بل لإظهار نوع أذاه فإن ذلك طبع فيه. وقوله (لأنها ليست بصيد) يعني أنها ليست بمتوحشة عن الأذى بل هي طالقة له (وليس بمتولدة من البled) يعني حتى تكون من باب قضاء الثفت كالقملة (ثم هي مؤذية بطباعها) فلا يجب بقتلها شيء. وقوله (ولكن لا يجب الجزاء للعلة الأولى) يعني قوله لأنها ليست بصيد وليس بمتولدة من البled، سبهما علة وإن كانا في معنى عتئين لأنه ذكر في موضع السلب، وفي موضع السلب تكون العال كثيرة بمعنى علة واحدة في أن الحكم يقتضي بالجميع كأنه أتى بانتفاء الواحدة. وقوله (ومن قتل قملة تصدق بما شاء) وقد أوضحه في الكتاب وليس الجزاء منحصراً في القتل بل الإلقاء في الأرض كالقتل سواء أخلها من رأسه أو من موضع آخر. وقيل في القملتين والثلاث كف من حنطة. وفي الزيادة على ذلك نصف صاع من حنطة. وقوله (شيئاً يسيراً على سبيل الإباحة وإن لم يكن مشيعاً) قال في الجامع الصغير: ككسرة

الصفحة بل صار المفاهيم (قال المصنف: والضب واليربوع ليسا من الخمس المستثناة) أقول: يعني ليسا حكماً من قبيل الخمسة المستثناة، وإنما أوثنا به ليستقيم التعليل الذي ذكره بقوله لانهما الخ فاعلم (قوله كما أنه يقتضي بانتفاء الواحدة) أقول: يعني إذا انصرفت علة البليوت فيها. أما إذا ثبت الحكم بطل شيء، فلو ثبت شيء منها لم ينقض الحكم.

بما شاءه لأن الجراد من صيد البر فإن الصيد مالا يمكن أخذه إلا بحيلة ويقصده الأخذ (وتمرة خير من جرادة) لقول عمر رضي الله عنه : تمره خير من جرادة (ولاشيء عليه في ذبح السلحفاة) لأنه من الهلج والحشرات فأشبهه الخنافس والورغاث ، ويمكن أخذه من غير حيلة وكذا لا يقصد بالأخذ فلم يكن صيدا (ومن حلب صيد الحرم فعليه قيمته) لأن اللبن من أجزاء الصيد فأشبهه كله (ومن قتل مالا يؤكل لحمه من الصيد كالسباع ونحوها فعليه الجزاء) إلا ما استثناه الشرع وهو ما عدناه . وقال الشافعي رحمه الله : لا يجب الجزاء لأنها جبلت على الإيذاء فدخلت في القواصق المستنائة ، وكذا اسم الكلب يتناول السباع بأسرها لغة .

في التجنيس . والقملتان والثلاث كالواحدة . وفي الزائد على الثلاث بالغ ما بلغ نصف صاع ، وهذا إذا قتلها قصدا وكذا لو ألقى ثوبه في الشمس لقصده قتلها كان عليه نصف صاع بر ونحوه ، ولو ألقاه بالقتل فانت لا شيء عليه (قوله لأن الجراد من صيد البر) عليه كثير من العلماء . ويشكل عليه ما في أبي داود والترمذي عن أبي هريرة قال : خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في حجة أو عمرة ، فاستقبلنا رجل من جرادة فجعلنا نضربه بسيطانا وقسينا (١) فقال لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم : كلوه فإنه من صيد البحر ، وعلى هذا لا يكون فيه شيء أصلا ، لكن نظامه عن عمر إلزام الجزاء فيها . في الموطأ أثينا يحيى بن سعيد أن رجلا سأل عمر عن جرادة قتلها وهو محرم فقال عمر لكتب : تعال حتى نحكم ، فقال كعب : درهم ، فقال : عمر : إنك لتجد الترامم ، لتمره خير من جرادة . ورواه ابن أبي شبة عنه بقصته ، ورواه عبد الرزاق عن إبراهيم أن كعبا سأل عمر فذكر معناه ، وقال : حدثنا محمد بن راشد عن مكحول أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه سئل عن الجراد يقتله الحرم فقال : تمره خير من جرادة ، وتبع عمر أصحاب المذهب ، والله أعلم ، وفي المحيط : مملوك أصاب جرادة وهو محرم إن صام يوما فقد زاد وإن شاء جمعا حتى يصير علة جرادم يصوم يوما (قوله كالسباع ونحوها) فالسباع كالأسد والفهد والنمر والثعلب . في المحيط : إن قتل خنزيرا أو قردا أو فيلا تجب القيمة خلافا لما اه ، وقول الغتاني : القيل المتوحش صيد ليس على ما ينبغي فإن المستأنس يجب كونه صيدا أيضا لعروض الاستئناس كما قالوا في الطلي وحرار الوحش إنهما صيد وإن تألفا . وغاية الأمر أن يمر في القيل المثالث روايتان كما أن في الطيور المصونة روايتين ، ولكن المختار فيها أنها صيد ، والمراد بنحوها سباع الطير كالبازي والصقر معلما وغير معلم (قوله وكذا اسم الكلب يتناول السباع بأسرها) ويدل عليه أنه صلى الله عليه وسلم قال داعيا على عتبة بن أبي لهب

خير . وقول عمر رضي الله عنه (تمره خير من جرادة) قصته أن أهل حصص أصابوا جرادا كثيرا في إحرامهم فجعلوا يتصلقون مكان كل جرادة يلزمهم ، فقال عمر رضي الله عنه : أرى دراهمكم كثيرة يا أهل حصص ، تمره خير من جرادة . قال (ومن حلب صيد الحرم) اللبن من أجزاء الصيد لقوله تعالى - نسقيكم مما في بطونه - وكلمة من للتبويض . وقوله (كالسباع) أي سباع البهائم (ونحوها) أي سباع الطير . وقوله (وكذا اسم الكلب يتناول السباع بأسرها لغة) يعني أن النبي صلى الله عليه وسلم استثنى الكلب العقور وليس المراد به الكلب المعروف فإنه أهل وليس بصيد ، فكان المراد ما يتكلم : أي يشتد فيتناول الأسد والفهد والنمر وغيرها ، فكان كأن الله تعالى قال : لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم إلا ما كان مؤذيا ، ولو كان النص بهذه الصفة لم يتناول إلا ما يؤكل اللحم فكذا

(١) (قوله وقسينا) هكذا في النسخ التي بيننا ، والتي في سنن أبي داود : وقسينا . ولعله الأتبع ، ويعبر أقصصهم .

ولنا أن السبع صيد لتوحشه ، وكونه مقصودا بالأخذ إما لجلده أو ليصطاد به أو لنفع أذاه ، والقياس على القواسم مجتمع لما فيه من إبطال العدد ،

« اللهم سلب عليه كلها من كلابك ، فافترسه منبع » (قوله وكونه مقصودا بالأخذ) هذا زيادة قيد على ما قدمناه في معنى الصيد لم يذكره في تعريفه السابق فيلزم إما فساد السابق أو هذا اللاحق (قوله لما فيه من إبطال العدد) العدد المنصوص هو الخمس فيلزم من الإلحاق به قياسا أن يكون المستثنى شرعا أكثر من خمس فيبطل العدد : أي ينتفى فائدة تخصيص اسمه دون غيره من الأعداد المحيطة بالملحق وغيره أو الإطلاق : أعني ذكره باسم عام مثل أن يقول : يقتل كل عاد متنب ، وفيه نظر من وجوه : أما أولا فإن مثله يلزم في مفهوم الصفة فيقال مثلا : لو جاز نكاح الأمة الكتابية لم يبق للذكر الوثمنات في قوله تعالى - من فتياتكم المؤمنات - فائدة ، وكلما في المقيد بالشرط وسائر المفاهيم المخالفة ، لما هو جوابكم عن هذا فهو بعينه جوابنا عن مفهوم العدد : وأما ثانيا فإن عدد الخمس قد تحقق عدم قصر الحكم عليه شرعا وخرج من ذلك ، فإنه قد ثبت النص على الذئب والحية أيضا في أحاديث لم ينص في صحتها على عدد بل قال : يقتل الحرم كلها ، وكلما إلى آخر ما روينا من قريب ، فثبت عدم إرادة قصر ذلك الحكم على الخمس فافتتح باب القياس ، إذ حديث القواسم تخصيص للآية ، ودليل التخصيص يعطل ويلحق بما أخرجه ما أخرجه الملة أيضا بالاتفاق . وأما ثالثا فإن المصنف رحمه الله جواز إلحاق الذئب بطريق الدلالة ، وعلى تقديره يعطل أيضا العدد ، وكون الثابت دلالة ثانيا بالنص لا يخرج به الحال عن أنه يطل خصوص الخمس ، ويحسم فيه عين ما قدم من أنه لو أراد لذكر عدد يحيط به معها فيقول ست من القواسم . سلمناه لكن الإلحاق بالدلالة لا بد فيه على ما عرف من معنى جامع غير أنه لا يتوقف سوى على فهم اللغة دون أهلية الاجتهاد ولذا سماه كثير القياس الجلي ونسبه نحن الثابت بمعنى النص لغة ، وإذا كان كذلك فلا بد من تعيينه لما عيّنموه من قولكم لأنها مبتدئات بالأذى ونحوه أو غيره في إلحاق الذئب فهو الذي يلحق باعتباره سائر السباع ، فإن سمي ذلك دالة فهذا أيضا دالة . وأما رابعا فلما لم يخرج به بالقياس بل بالنص ، وهو ما قدمناه من حديث أبي داود والترمذي من قوله عليه الصلاة والسلام « وكل سبع عاده » وقال الترمذي : حسن . فإن قيل : نقول من الرأس يخرج مجموع مانص على إخراجها وهو الحية والعقرب والفأرة والكلب والغراب والذئب والحفأة والسبع العادي ، على أن المراد به في حالة اعتدائه وهو ما إذا صال على الحرم فإنه حقيقة اسم الفاعل ، وبه نقول : إنه إذا صال فقتله فلا شيء عليه كما سنذكره ، ثم منع الإلحاق لأنه جيتنا ناسخ على أصولنا لا نخصص لاشتراطنا المقارنة في التخصيص الأول ، فلم يقارن به يكون العموم مرادا ، فإذا أخرج بعضه بعد الحكم بإرادة الكل كان نسخا لأنه بعد تعلق الحكم بالقرينة المخرج والتخصيص بيان عدم إرادة المخرج ، وإذا كان ناسخا عندنا فلا يلحق إذ لا نسخ بالقياس . قلنا : لا يخرج بالقياس بل بالدلالة ، فإن أخذتم في الجامع الدلالي كونها تعيش مخالطة بالاختطاف والانتهاك كما ذكر بعضهم

هذا (ولنا أن السبع صيد لتوحشه) وتفره من الناس (وكونه مقصودا بالأخذ إما لجلده أو ليصطاد به أو لنفع أذاه) وكل ما هو صيد يتناول له قوله تعالى - لا تقتلوا الصيد - فيجب الجزاء بقتله (والقياس على القواسم مجتمع لما فيه من إبطال العدد) وكذلك الإلحاق بها دالة لأن القواسم مما تملو علينا وعلى مواشينا بالقرب منا ، والسبع ليس كذلك لبعده عنا فلا يكون في معنى القواسم ليلحق بها ، واسم الكلب وإن تناوله لغة لم يتناوله عرفا

(قوله والسبع ليس كذلك لبعده عنا فلا يكون في معنى القواسم ليلحق بها) أقول : وهذا يدل على اجتماع القياس أيضا .

واسم الكلب لا يقع على السبع عرفا والعرف أمك (ولا يجاوز بقيمته شاة) وقال زفر رحمه الله : يجب قيمته بالغة ما بلغت اعتبارا بما كحل اللحم . ولنا قوله صلى الله عليه وسلم « الضبع صيد وفيه الشاة »

منعنا أن الحكم باعتباره وأسندناه بإخراج الذئب وهو لا يعيش مخالطا . والحق أن الوجه المذكور يصلح لإزamia
للخصم لأن الدلالة عندهم وهي التي يسمونها مفهوم الموافقة يشترط فيها كون المسكوت أولى بالحكم من المذكور .
فهم منع الضرب من منع التأفيف ، ولا تظهر أولوية السباع بإباحة القتل من القواص بل غاية الممانلة . وأما إثبات
منع قتلها على أصولنا ففيه مامعيت ، ولعل لعدم قوة وجهه كان في السباع روايتان كما هو في المحيط حيث قل
وفي ظاهر الرواية السباع كلها صيود . وعن أبي يوسف رحمه الله أن الأسد كالكلب العقور والذئب . وفي
العتابي : لا شيء في الأسد ، وقال أبو حنيفة رحمه الله : يجب ، وقدمنا من البدائع التصريح بحل قتل الأسد والفهد
والفهر أول الباب من غير ذكر خلاف (قوله واسم الكلب لا يقع على السبع عرفا) ظاهر تخصيصه بالعرف أنه يقع
عليها لغة بطريق الحقيقة ، وعلى هذا التقدير يتم مقصود الشافعي رحمه الله ، فإن الخطاب كان مع أهل اللغة ولم
يثبت فيه تخصيص من الشرع بغير السبع ، بل ثبت استعماله فيه على مامعته عنه عليه الصلاة والسلام من قوله
« اللهم سلط عليه . كلبا ، فافترسه سبع » فالأولى منع وقوعه على السباع حقيقة لغة ولفظ الكلب في دعائه عليه
الصلاة والسلام مستعمل في المعنى المجازي العام : أعني المفترس الضار ، لا يقال : ادعوا أن في كل السباع
حقيقة هو دعوى أنه في كل مفترس ضار حقيقة ، والأفراد حيث لا أفراد للمعنى الكلي ، فنادى الأمر بين كونه في العام
عاجزا كما قلتم أو مشتركا معنويا ، والأشراك المعنوي أولى بالاعتبار عند التردد بينه وبين المجاز . لأننا نقول : ذلك
عند التردد وهو عند عدم دليل علمه . وتبادر النوع المخصوص المعروف عند إطلاق لفظ الكلب دليل علمه ،
إذ لو كان للمعنى الأعم لم يتبادر خصوص بعضها ، وإذا تبادر خصوص بعضها كان ظاهرا في أن الوضوح كان
للك المعين فيجب اعتباره لذلك وإن جاز عروض تبادر البعض بعينه لعروض شهرة وغلبة استعمال لأن الظاهر
هو الذي يجب المصير إليه لا المجوز إلا أن يندل دليل عليه ويتحقق كذلك (قوله ولنا قوله عليه الصلاة والسلام
« الضبع صيد وفيه شاة ») وفي بعض النسخ سبع ، وليس بمعروف بل المعروف حديث جابر قال « سألت رسول
الله صلى الله عليه وسلم عن الضبع أصيد هو ؟ قال : نعم ، ويجعل فيه كبش إذا صاده الحرم » رواه أبو داود
وافترد بزيادة فيه كبش ، والباقرن رووه ولم يذكروها فيه ، ورواه الحاكم بهذه الزيادة عن جابر قال : قال
رسول الله صلى الله عليه وسلم « الضبع صيد ، فإذا أصابه الحرم ففيه كبش من ويوكل » وهذا دليل أكله عند
الحكم وسيأتي في موضعه . والمصنف إن استدل بلفظ السبع فغير ثابت ، وإن استدل بلفظ الضبع بناء على أنه

(والعرف أمك) أي أقوى وأرجح في هذا الموضع كما في الأيمان لبنائه على الاحتياط والإحاطة في إيجاب الجزاء .
وقوله (ولا يجاوز بقيمته شاة) الباء للتعلية وشاة مرغوع لكونه مستندا إليه ، ومعناه : لا يجاوز بقيمة الذي لا يؤكل لحمة
من الصيود قيمة شاة في ظاهر الرواية ، وروى الكرخي أنه ينقص من اللحم (وقال زفر : يجب قيمته بالغة ما بلغت
اعتبارا بما كحل اللحم) والجوامع الضمان (ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « الضبع صيد وفيه الشاة ») فلما ورد

(قوله وقال زفر : يجب قيمته الشاة) فنقول : فظاهر ما قلناه زفر رحمه الله لكون ظاهر الآية مع على ما ليس بتفسيرها ، وكل السباع لا يقاس
على الضبع لأن فيها ما يباح يأكل الأمان كالليل والأسد والير ، ولا تسل أن جلد كل منها لا يزداد على قيمة اللحم ، ويجوز الأول يعلم من قوله
لأنه محطوب الخ فاعلم

ولأن اعتبار قيمته لمكان الانتفاع يجعله لا لأنه محارب مؤذ ، ومن هنا الوجه لايزاد على قيمة الشاة ظاهرا (وإذا صال السبع على المحرم فقتله لاشيء عليه) وقال زفر : يجب الجزاء اعتبارا بالجمل الصائل . ولنا ما روى عن عمر أنه قتل سباعا وأهدى كبشا وقال : إنا ابتدأناه ، ولأن المحرم ممنوع عن التعرض لاعتداف الأذى ، ولهذا كان مأثونا في دفع المنوم من الأذى كما في القواسم ، فلأن يكون مأثونا في دفع المتحقق منه أولى .

سنبغ عندنا وغير مأكول تقدما للنهي عن أكل كل ذي ناب من السباع فنقول : يجب حمله على أنه كان قبل المالية في وقت التخصيص ، وإلا تازم المعارضة بينه وبين قوله تعالى - فجزاء مثل ما قتل من النعم - على أن المراد قيمة ما قتل من النعم . وإذا كنتم قلم في حديث جابر إن ما بين السنين في الزكاة من كونه مقلدا بشاتين أو عشرين ذروهما مع أنه ثابت في الصحيح من كتاب الصديق أن التقدير به كان لأنه قدر التفاوت في ذلك الزمان لا أنه تقدير لازم في كل زمان فلأن قولوا مظه في هذا الحديث مع أنه لم يبلغ درجة ذلك الحديث في الصحة وكون ذلك مخلصا من المعارضة التي ذكرناها أولى ، وقوله في الوجه المعقول (ولأن اعتبار قيمته لمكان الانتفاع يجعله لا لأنه محارب مؤذ) يعني لأنه من هذا الوجه ساقط الجزاء مع أنه يخالف قوله قبله بأسطر (وكونه مقصودا بالأخذ إما لجلده أو ليصطاه به أو لدفع أذاه) حيث زاد باعثا آخر معارض بعموم قوله تعالى - ومن قتله منكم متعمدا فجزاء مثل ما قتل من النعم - أوجب قيمة المقتول مطلقا فتعين قيمة مجرد جلده في بعض المقتول خروج عن مقتضاه مع أن أخذته لم يتحضر في طلب جلده كما ذكره هنا ، بل قد يكون كغرض أن يصطاد به كما ذكره قبله . ومن هنا الوجه يجب قيمته (قوله وقال : إنا ابتدأناه) هذا غريب لا يعرف ، وبتقدير ثبوته فلما يقيد عدم الجزاء إذا كان المبتدئ السبع بمفهوم المخالفة ، وهو ليس بحجة عندهم ، ولا يمكن استناد عدم الوجوب فيه إلى العلم الأمثل لأن العلم الأصل قد نسخ بإيجاب الجزاء في الصيد على العموم ، قال لم يخرج به دليل صحيح فهو داخل في الحكم العام

الشرع . بتقدير لايزاد عليه برأى لأن المتأدبر تعرف سباعا (ولأن اعتبار قيمته لمكان الانتفاع يجعله) إذ اللحم غير مأكول (لا لأنه محارب) كما في بعض السباع والقتل يعلمه أهل الهند المحاربة بحيث يكسر العسكر ، وهو معنى مطلوب للملوك والسلطان لكنه خارج عن الصليبية فلا يعتبر ، ولا لجل معنى الإيذاء فيه لأن الإيذاء معنى لا تقوم له شرعا فبقي اعتبار الجلد (ومن هنا الوجه لايزاد على قيمة الشاة ظاهرا) وقوله (وإذا صال السبع على المحرم) أي وثب (فقتله لاشيء عليه . وقال زفر : يجب الجزاء) عليه (اعتبارا بالجمل) إذاصال على إنسان فقتله الإنسان فإنه يجب قيمته وإن قتله دفعا عن نفسه (ولنا ما روى عن عمر رضي الله عنه أنه قتل سباعا وأهدى كبشا ، وقال إنا ابتدأناه) علل الإيذاء بالابتداء ، فدل على أن الدافع لا يجب عليه شيء وإلا لم يبق التعليل فائدة . واعترض بأن التخصيص بالذكر لا يدل على نفي الحكم عما عداه فلا يصح الاستبدال . وأجيب بأن ذلك في خطابات الشرع ، أما في الروايات فيدل ، وفيه نظر لأن قول عمر في هذا الجمل بمنزلة خطابات الشرع لأنه في حين الاستبدال به فلا يفيد . والجواب أن الاستبدال إنما هو بقوله . وقوله رواية فيفيده . وقوله (ولأن المحرم ممنوع عن التعرض) استبدال بدلالة حديث القواسم . ووجهه أن قتلها أبيع دفعا للأذى المجهوم ، فلأن يباح

(قوله وفيه نظر) لأن قول عمر رضي الله عنه في هذا الجمل بمنزلة خطابات الشرع (الخ) يقول : الجواب أن عدم دلالة التخصيص على نفي الحكم عما عداه إنما هو في كلام القصاص وكلام أبيه صلى الله عليه وسلم ، أما كلام غيره فلا يسلك به في الروايات كما يلزم من الأصول ، وهذا هو مراد المذهب ولا دخل في صحة (قوله والجواب أن الاستبدال إنما هو بقوله الخ) قول : كيف يستدل بقوله ولا تلقوا بالمؤمنين

ومع وجود الإذن من الشارع لا يجب الجزاء بها له ، بخلاف الجمل الصائل لأنه لا إذن من صاحب الحق وهو العبد (فإن اضطر الحرم إلى قتل صيد فقتله فعليه الجزاء) لأن الإذن مقيد بالكفارة بالنص على ما تلونه من قبل (ولا بأس للمحرم أن يذبح الشاة والبقرة والبعير والدجاجة والبط الأهل) لأن هذه الأشياء ليست بصيد لعدم التوحش ، والمراد بالبط الذي يكون في المساكن والحياض لأنه ألوف بأصل الخلقة (ولو ذبح حماما مسرولا فعليه الجزاء) خلافا لما لك رحمه الله . له أنه ألوف مستأنس ولا يتمتع بمحتاجه لبطه نهوضه ،

فالأوجه الاستدلال بحديث أبي داود الذي ذكر فيه السبع العادي ، والوجه الذي ذكره من الاستدلال بدلالة نص قتل القواصق فإنه أباحه لنهم الأذى له : أي للقاتل أو لأبناء نوعه ، فمع تحقق الإبراء له نفسه أول ، وإذا ثبت الإذن من صاحب الحق سقط الضمان إلا أن يقيد الإذن به ، فما لم يقيد الإذن بالضمان لا يجب ، فلذا قلنا بوجود الجزاء إذا اضطر المحرم إلى قتل الصيد لما كلة عند عدم صياله لتقيد الإذن فيه بالكفارة ، وهو قوله تعالى - فمن كان منكم مريضا أو به أذى من رأسه فقلبة - الآية (قوله بخلاف الجمل الصائل فإنه لا إذن من صاحب الحق) فيضمنه له . وطول بالفرق بينه وبين العبد إذا صال بالسيف على إنسان فقتله المصول عليه لا يضمنه مع أنه لا إذن أيضا من مالكه ، أوجب بأن العبد مضمون في الأصل حقا لنفسه بالأدمية لا للمولى لأنه مكلف كسائر المكلفين من أقرانه ، ألا ترى أنه لو ارتد أو قتل يقتل ، وإذا كان ضيانا نفسه في الأصل له سقط بمبيع جاء من قبله وهو المحاربة ، ومالية المولى فيه وإن كانت متقومة مضمونة له فهي تبع لضمان النفس فيسقط التبعية في ضمن سقوط الأصل (قوله مسرولا) يفتح الواو : أي في رجله ريش كأنه سراويل

قتل السبع دفعا للأذى المحقق أولى فكان مأذونا بقتله من الشرع (ومع وجود الإذن منه لا يجب الجزاء حقا له) لسقوطه بإذنه . فإن قيل : الإذن من الشرع لا يستلزم سقوط الجزاء ، فإن المحرم إذا حلق رأسه أو طيب لعنر فهو مأذون من الشرع ولم يسقط الجزاء . فالجواب ما يذكره بعد هذا بقوله (لأن الإذن مقيد بالكفارة بالنص على ما تلونه) وهو قوله تعالى - فمن كان منكم مريضا أو به أذى من رأسه - الآية ، فكان فائدة الإذن دفع الحرمة لا غير . وتقريره أن بقاء الجزاء مع إذن صاحب الحق ثابت بالنص ، فلا يقاس عليه غيره . لا يقال : فليحق بطريق الدلالة لأن الضرورة في المصول ليست كالضرورة في حلق الرأس ، لأن الأولى نادرة والثانية كثيرة (بخلاف الجمل الصائل لأنه لا إذن من صاحب الحق وهو العبد) ونوقف بالعبد صال بالسيف على رجل فقتله المصول عليه لا يضمن والإذن لم يوجد من مالكه . وأوجب بأن العبد مضمون في الأصل بأنه أذى حقا للعبد لاحقا للمولى لكونه مكلفا كمواله وغيره ، فإذا جاء المبيع من قبله وهو المحاربة أسقط حقه كما إذا ارتد وسقوط ماليته التي هي ملك المولى إنما كان في ضمن سقوط الأصل وهو نفسه فلا يعتبر به كما إذا ارتد . وقوله (وإن اضطر المحرم) ظهر معناه لما ذكرناه آنفا ، وقوله (والمراد بالبط) يعني المذكور في القلوصى البط (الذي يكون في المساكن) وهو الذي يكون طيراته كاللجاج في البط ، ويمرّ ذبحه للمحرم . والمسرول بالفتح حمام في رجله

(قوله والثانية كثيرة) أقول : وإذا كان الثاني أكثر كان إلى شرح تراجم أسوج ليست الناس (قال المصنف : ومع وجود الإذن من الشارع لا يجب الجزاء حقا له) أقول : مقصود بقوله صل الله عليه وسلم « فليكره وليحش » ويمرّ ذلك على خلاف القياس » (قال المصنف : والمراد بالبط الذي يكون في المساكن والحياض) أقول : وأما البط الذي يطير فهو صيد يجب الجزاء بقطه ،

ونحن نقول : الحمام متوحش بأصل الخلقة ممنوع بطيرانه وإن كان يطير التوحش والاستئناس عارض فلم يعتبر (وكلنا إذا قتل ظلياً مستأنساً) لأنه صيد في الأصل فلا يبطله الاستئناس كالبعير إذا ندّ لا يأخذ حكم الصيد في الحرم على الحرم (وإذا ذبح الحرم صيدا فذبيحته ميتة لا يحل أكلها) وقال الشافعي رحمه الله : يحل ما ذبحه الحرم لغيره لأنه عامل له فانقل فعله إليه . ولنا أن الذكاة فعل مشروع وهذا فعل حرام فلا يكون ذكاة كذبيحة

(قوله الحمام متوحش بأصل الخلقة) والاستئناس عارض ، بخلاف البط الذي يكون في الحياض والبيوت فإنه ألوف بأصل الخلقة (قوله لأنه عامل لغيره) يقتضي ظاهراً أن اللام في لغيره تتعلق بذبحه لا يحل ، وللفظ المبسوط : وقال الشافعي : لا يحل للمحرم القتال ويحل لغيره من الناس يقتضي تعلقه ببطل ، وهو الحق عن الشافعي وهو أحد قولي . ويمكن توجيه التعليل على هذا الاعتبار بأنه لما لم يحل للقاتل وحل لغيره لم ينزله الشرع عاملاً لنفسه بل لغيره فصار عاملاً لغيره شرعاً وإن لم يقصد هو ذلك فانقل فعله إليهم فحل لم سواء ذبح لأجلهم أو لنفسه

ريش كأنه سراويل ، من سرولته إذا ألبسته السراويل . وقوله (ونحن نقول الحمام متوحش) تقريره الحمام متوحش (بأصل الخلقة ممنوع بطيرانه) وكل ما هو كذلك فهو صيد (والاستئناس عارض) جواب لما لك ومعناه الاعتبار المعاني الأصلية دون العوارض . وعروض بأن الحمام لا يحل بذكاة الاضطراب ، حتى لو رمى بهما إلى برج الحمام فأصاب حماماً مسرولاً ومات قبل أن تترك ذكاته لم يحل ، ولو كان صيد الحل . وأجيب بأن مدار صحة ذكاة الاضطراب هو العجز دون الصيدية ، ألا ترى أن البعير إذا ندّ حلّ يتبع الاضطراب وليس بصيد . لوجود العجز عن ذكاة الاختيار ، والعجز في الحمام غير موجود لأنه يأوى في الليل إلى برجه . وقوله (وكلنا إذا قتل ظلياً) ظاهر . قال (وإذا ذبح الحرم صيدا فذبيحته ميتة لا يحل أكلها) وقال الشافعي رحمه الله (في أحد قولي) إذا ذبحه الحرم لغيره حل لأنه عامل له) حيث ذبحه له وكل من فعل لشخص انتقل إليه ذلك الفعل كما في حامة النيايات فصار كأنه هو الذي ذبحه ، ولو ذبحه ذلك الغير لنفسه جاز له أن يأكله ، فكذلك إذا ذبحه له الحرم . فإن قلت : عبارة المصنف وتعليقه يدل على أن المذبوح يحل له ولغيره ، وذلك لأن التعاليل إنما يستقيم إذا كان قوله لغيره متعلقاً بذبحه لأنه حينئذ يكون عاملاً له ، وإذا كان متعلقاً به بقي يحل على إطلاقه ، وذبيحة الحرم سواء كانت لنفسه أو لغيره حرام عليه عنده أيضاً قولاً واحداً . قلت : أرى أن يكون قوله لغيره يحل للغيرين جميعاً ، وتقديره يحل لغيره ما ذبحه الحرم لغيره ، ونخرج نفسه من ذلك لأن التقييد في الروايات مقيد بالاتفاق . فإن قلت : تعليقه هذا لا يجوز إما أن يكون صحيحاً أولاً ، فإن كان الثاني لم تم الدعوى ، وإن كان الأول لزم أن يحل له لأن الفعل قد انتقل إليه ، ولو ذبح حلال صيدا حل أكله للمحرم إن لم يدل عليه أو يشر إليه . قلت : التعليل صحيح ، ولكن لا يحل له لأن الدلالة إذا كانت محرمة فالمباشرة لاتحاد عن الدلالة وإن انتقل الفعل إلى غيره حكماً (ولنا أن الذكاة فعل مشروع) بالاتفاق ، وذبيحة الحرم ليس بفعل مشروع بالنسب قوله

كلنا في الكافي فيكونان من جنسين مختلفين ، وإلا لفعل الوجود أو العلم (قوله فإن قلت : عبارة المصنف وتعليقه يدل على أن المذبوح يحل له ولغيره) أقول : فإن قيل : يقتضي هذا التعليل أن لا يحل لغيره إذا كان ذلك الغير محرماً لأنه لما انتقل فعل الذبيحة إليه كان ذابحاً وذبيحة الحرم محرماً عليه . قلنا : ذلك أمر حكلي لم تقع به مباحرة حقيقة فلا يكون سبباً للحرمه عليه (قوله وذلك لأن التعليل إنما يستقيم عليه) أقول : مذبوح ، بل إذا تعلق بفعل يستقيم أيضاً ، ويكون عاملاً له إما هو في حكم الشرع ، فإنه لا يرمي عليه لم يجعله الشرع عاملاً لنفسه بل لغيره فانتقل (قوله حرام عليه عنه أيضاً قولاً واحداً) أقول : ممنوع ، بل إذا قل أن الإحرام يحل له أيضاً عنه صرح به التذليل

المجوسى ، وهذا لأن المشروع هو الذى قام مقام الميز بين الدم واللحم تيسيرا فيتعلم بانهما

(قوله وهذا لأن المشروع الخ) حاصله إثبات الملازمة بين المشروعية والإقامة مقام الميز ، ثم نفي الثاني فينتفى الأول : أعنى المشروعية وهو المقاد بقوله فيتعلم المشروع لانعدامه : أى لانعدام الفعل الذى أقيم ونحن إلى غير هذا الكلام أوجع في إثبات المطلوب . فإن حاصل هذا إثبات المقدمة القائلة وهذا فعل حرام ، وحى إن كانت من المسلمات بيننا وبين الشافعى لم ينجح إليه ، وإن كانت ممنوعة عنده لانتهاض المذكور مثبتا لما عليه ، فإنه إذا منع الحرمة منع عدم الإقامة مقام الميز لكنها مسلمة ، ونحن نحتاج بعد تسليم حرمة الفعل إلى أمر زائد ، فإن مجرد حرمة لا يوجب حرمة اللحم مطلقا ، كالذبح شاة الغير لا يذنه لا يضير لها حكم الميتة مع حرمة الفعل فيقال : وهذا فعل حرام فىكون ذلك لقبح اعتبر فى عينه على ما هو الأصل عندنا في إضافة التحريم إلى الأفعال الحسية أنه يضاف القبح إلى عينها لعلم المانع بخلاف الشرعية إلا أن يقوم دليل على خلاف ذلك كما في ذبح شاة الغير ، ونفى بثبوت القبح لذاته مع أنه إنما ذبح لغرض صحيح هو أن يأكله كين الشرع اعتبره قبيحا لعينه لأنه جملة فضا حيث أخرج اللذايح عن الأهلية والمذنبونج عن المحلطة فصار فعلا في غير محله فكان عبثا باعتبار الشارع ، كما لو اشتغل عاقل بلذبح بحجر ونحوه فإنه يعد جنونا أو مغرورا ، بخلاف شاة الغير فإنه لم يثبت إخراجها عن محلة الذبيح شرعا للأجنبي وإخراجها عن الأهلية بالنسبة إليها فلم يعد عبثا شرعا ، وإذا صار ذبيح المحرم عبثا شرعا صار قبيحا لعينه فلا يفيد حكم الحلل فيما كان محرم الأكل : أعنى الصيد قبل ذبحه . يبي دليل الإخراجين ، وذلك أن قوله تعالى - وحرم عليكم صيد البر مادتم حراما - يفيدهما ، وقوله تعالى - لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم - يفيد إخراج المحرم عن أهلية الذبيح فقط ، وهذا لأن الأول أضاف التحريم إلى العين وهي تفيد المبالغة ، فإن الأصل أن نضاف الأحكام إلى أفعال المكلفين ، فإذا أضيفت إلى العين كان إخراجها عن محلة الفعل الذى هو متعلق الحرمة بالأصالة ، فإنه يجعل نفس هذا العين حراما ونفس الحرام لا يقرب منه فكان متناعا عن الاقتراب منه نفسه ، وهذا إخراجها عن المحلطة ، ولوقلنا إن إضافته إلى العين يجب أن تكون مجازا عقليا لم يضرنا ، إذ العلول عن إضافته إلى الفعل إلى إضافته إلى نفس العين سببه ما قلنا . وأفاد الثاني أن التحريم بمعنى من جهة الذابيح وهو الإحرام فأوجب إخراجها عن الأهلية ، والإحرام هو السبب في الأمرين معا على التحقيق فلما قال في المسئلة التى تلى هذه لأن الإحرام هو الذى أخرج الصيد عن المحلطة والذابيح

تعالى - لا تقتلوا الصيد - مباح قولا دون الذبيح أو الذكاة إشارة إلى أنه لا يوجب الحل ونهاهم عنه ، وهو يدل على التحريم لعينه لكونه بمعنى النفى . ونوقض بلذبح شاة الغير بغير إذنه فإنه حرام لأعالة ، فكان الواجب أن لا يقع ذكاة ولا يحل أكله وليس كذلك . والجواب أن المصنف رحمه الله أشار إلى الجواب عن هذا بقوله (وهذا لأن المشروع) أى من الذبيح (هو الذى قام مقام الميز بين الدم واللحم تيسيرا) وبيانه أن الدم منجس للحياة فلا بد من تمييزه عن اللحم ليصلح للأكل وذلك أمر متمسك حتى ، وله سبب ظاهر وهو قطع عروق الذبيح فأقيم الذبيح مقام الميز بين الدم واللحم تيسيرا ، والذبيح الذى قام مقامه معلوم ههنا لأن المقم لذلك هو الشرع ، ولم يقم ههنا حيث أخرج الصيد عن المحلطة بالنسخ بمعنى بقوله تعالى - وحرم عليكم صيد البر مادتم حراما - كما قال - حرمت عليكم أمهاتكم - فأخرجهن عن محلة النكاح ، بخلاف ذبيح شاة الغير بغير أمره فإن الشرع لم يخرجها

(بقوله ونهاهم عنه إلى قوله بمعنى النفى) أقول : إذ انتهى في الأفعال الحسية معنى النفى كما حقق في علم الأصول .

(فإن أكل المحرم الذابح من ذلك شيئا فعليه قيمة ما أكل عند أبي حنيفة) رحمه الله (وقالوا : ليس عليه جزاء ما أكل ، وإن أكل منه محرم آخر فلا شيء عليه في قولهم جميعا) لهما أن هذه ميتة فلا يلزمه يأكلها إلا الاستغفار وصار كما إذا أكله محرم غيره . ولأبي حنيفة رحمه الله أن حرمة باعتبار كونه ميتة كما ذكرنا ، وباعتبار أنه محظور إحرامه لأن إحرامه هو الذي أخرج الصيد عن المحلّة والذابح عن الأهلية في حق الذكاة فصارت حرمة التناول بهذه الوسائط مضافة إلى إحرامه بخلاف محرم آخر لأن تناوله ليس من محظورات إحرامه (ولا بأس بأن يأكل المحرم لحم صيد اصطاده حلال وذبحه إذا لم يبدل المحرم عليه ولا أمره بصيده) خلافا لما لك رحمه الله فيما إذا اصطاده لأجل المحرم .

عن الأهلية (قوله فعليه قيمة ما أكل عند أبي حنيفة) يعني سواء أدى ضمان المذبوح قبل الأكل أو لا ، غير أنه إن أدى قبله ضمن ما أكل على حدته بالغما ما بلغ ، وإن كان أكل قبله دخل ضمان ما أكل في ضمان الصيد فلا يجب له شيء باقتراده . وقال القنوري في شرحه مختصر الكرخي : لا رواية في هذه المسئلة ، فيجوز أن يقال : يلزمه جزء آخر ، ويجوز أن يقال : يتداخلان ، وسواء تولى صيده بنفسه أو أمر غيره أو أرسل كلبه . ولا فرق بين أن يأكل المحرم أو يطعم كلابه في لزوم قيمة ما أطعم لأنه انتفع بمحظور إحرامه (قوله فصارت حرمة التناول الخ) يعني أن حرمة التناول بواسطة أنه ميتة وبكونه ميتة بواسطة خروجه عن الأهلية والصيد عن المحلّة وثبوتهما معا بواسطة الإحرام ، فكان الأكل من محظورات إحرامه بواسطة ، وسبب السبب مسبب خصوصا وهذه حرمة . يحتاج في إثباتها لما تقدم من شرح الكفارة مع الملح فيجب به الجزاء ، وبهذا التعليل استغنى الشيخ عن إيراد الفرق بين هذا وبين ما لو أكل الحلال من لحم ذبحه من صيد المحرم بعد أداء قيمته ، لأن الأكل ليس من محظورات المحرم بل تقويته الأمن الذي استحقه بمحلوله في المحرم فقط وقد ضمنه إذ فوته فكان حرمة لكونه ميتة فقط . وعن هذا ما في خزانة الأكل : لو شوى المحرم بيض صيد فعليه جزاؤه وللحلال أكله ، ويكره بيعه قبل ذلك ، فإن باعه جاز ويحل ثمنه في القضاء إن شاء ، وكلنا شجر الحزم واللين ، وكلنا لو شوى جرادا أو بيضا ضمنه ، ثم إن أكله لأجزاء عليه ولا يحرم بخلاف الصيد (قوله خلافا لما لك فيما إذا اصطاده لأجل المحرم) يعني بغير أمره ،

عن المحلّة فكان منهيّا ، والنهي يدل على المشروعية كما عرف في الأصول . وقوله (فإن أكل المحرم الذابح من ذلك شيئا فعليه قيمته عند أبي حنيفة) قال الإمام القنوري (إذا أكل بعد ما أدى الجزاء ، وأما إذا أكل قبل ذلك فقد دخل قيمة ما أكل في الجزاء ، وقوله (وقالوا) ظاهر . وقوله فصارت حرمة التناول بهذه الوسائط يريده أن حرمة التناول باعتبار كونه ميتة ، وبكونه ميتة باعتبار خروج الصيد عن المحلّة وخروج الذابح عن الأهلية وذلك باعتبار الإحرام فكانت الحرمة (مضافة إلى الإحرام) بهذه الوسائط فكان متناول محظورا إحرامه فيجب عليه الجزاء . وظهر من هذا الجواب عما إذا ذبح الحلال صيدا في الحرم فأدى جزاءه ثم أكل منه فإنه لا يلزمه شيء آخر لأنه لم يتناول محظورا إحرامه ، ولما وجب جزاء المحل وهو لا يتكرر ، فإن استشكل بالمحرم كسر بيض صيد فأدى جزاءه ثم شواه فأكله فإنه تناول محظورا إحرامه ولم يلزمه شيء آخر . أحجب بأن وجوب الجزاء في البيض ليس لذاته بل باعتبار أنه أصل الصيد كما ذكرناه وبعد الكسر لم يبق هذا المعنى . وقوله (فيما إذا اصطاده لأجل المحرم)

(قوله أحجب) بأن وجوب الجزاء في البيض ليس لذاته الخ) أقول : توضيحه أنه لا مجال في البيض أن يحمل ميتة إذ ليس علا للذبيح حتى يمر فيه ما قيل في ذبيحة المحرم (قال المستظهر له قوله صل الله عليه وسلم « لا بأس بأن يأكل المحرم لحم صيد ما يصد أو يصاد له ») أقول : قال القاضى الطيلى في المفاتيح : فيه إشكال لأن الظاهر يقتضى إلزامه بغاية ما يتكلف فيه أن يقال إنه حلف على المعنى ، فإنه لو قيل ملا يتصوره أو يصاد لكم لكان ظاهرا فيقدر هذا المعنى (قوله وقوله لهما إذا اصطاده لأجل المحرم الخ) أقول . وفي صحيح القنوري : يعني بغير أمره . أما إذا اصطاد

له قوله صلى الله عليه وسلم « لا بأس بأكل الحرم لحم صيد ما لم يصد أو يصاد له » ولنا ما روى أن الصبيحية رضى الله عنهم تذاكروا لحم الصيد في حق الحرم ، فقال صلى الله عليه وسلم « لا بأس به » واللام فيها روى لام تملك فيحمل على أن يهدى إليه الصيد دون اللحم ، أو متناه أن يصاد بأمره . ثم شرط عدم التذلة ، وهذا تنصيص على أن الدلالة محرمة ،

أما إذا اصطاد الحلال لحرم صيدا بأمره اختلف فيه عندنا . فذكر الطحاوى تحريمه على الحرم ، وقال الجرجاني : لا يحرم . قال القدوري : هذا غلط واختلف على رواية الطحاوى (قوله له قوله عليه الصلاة والسلام) الحديث على ما في أبي داود والترمذي والنسائي عن جابر « لحم الصيد حلال لكم وأنتم حرم ما لم تصيدوه أو يصاد لكم » هكذا بالكلف في يصاد ، فعارضه المصنف ثم أوكدهما للمعارضة . أما المعارضة فيها روى محمد بن الحسن : أخبرنا أبو حنيفة عن محمد بن المنكر عن عثمان بن محمد عن طلحة بن عبيد الله قال « تذاكرنا لحم الصيد يأكله الحرم والنبي صلى الله عليه وسلم نائم » فارتفعت أصواتنا فاستيقظ رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : فيم تفتخرون قلنا : في لحم الصيد يأكله الحرم ؟ فأمرنا بأكله أخرجه في الآثار . وروى الحافظ أبو غيث الله الحسين بن خضر والبيهقي في مسند أبي حنيفة عن أبي حنيفة عن هشام بن عروة عن أبيه عن جده الزبير بن العوام قال : كنا نعمل الصيد صفيقا وكنا نزوده ونأكله ونحن محرمون مع رسول الله صلى الله عليه وسلم واخصره مالك في موطنه . وأما التأويل فيوجهين ، كون اللام للملك والبيعي أن يصطاد ويعمل له فيكون تملك عين الصيد من الحرم وهو ممنوع أن يملكه فيما كل من لحمه ، والحمل على أن المراد أن يصاد بأمره وهذا لأن الغالب في عمل الإنسان لغيره أن يكون يطلب منه فليكن عمله هنا دفعا للمعارضة ، وقد يقال : القواعد تقتضي أن لا يحكم هنا بالمعارضة والترجيح لأن قول طلحة

يعنى أن ينوى أن يكون الاصطياد له سواء أمره بذلك أو لم يأمره . وقوله (تذاكروا لحم الصيد في حق الحرم) يريد به ما روى عن طلحة أنه قال : « تذاكرنا لحم الصيد في حق الحرم » فارتفعت أصواتنا ورسول الله صلى الله عليه وسلم نائم في حجرته ، فقال : فيم أنتم ؟ فذكرنا ذلك له (فقال عليه الصلاة والسلام : لا بأس به ») وقوله (واللام فيها روى) يعنى ما كان من قوله أو يصاد له (لام تملك فيحمل على أن يهدى إليه الصيد دون اللحم) وهذا لأن تملك الصيد إنما يتحقق فيما إذا أهدى الصيد إلى الحرم لا فيما إذا أهدى إليه اللحم لأن اللحم لا يسمى صيدا حقيقة فيكون مقتضى الحديث حرمة تناول الصيد على الحرم ، وبه نقول لأنه ثبت أن الصعب بين جماعة الذين أهدى لرسول الله صلى الله عليه وسلم حراما وحشيا وهو بالأبواب فرد عليه ، فلما رأى ما في وجهه قال : إنما نرده عليك إلا ألا يحرم (أو يكون معنى أو يصاد له يصاد بأمره) واعلم أن هذا الحديث روى بالرفع أو بصدا ، ويحفظه لا تمسك له بهذه الرواية لأنه يقتضى الحل إذا صاد غيره لأجله لأنه صار معطوفا على المفعول لا على الفاعل ، ورواية كتب الحديث مثل سنن أبي داود والترمذي والنسائي بالكلف هكذا ، وإنما يصح له التمسك به على ما روى أو يصطلح ليصير معطوفا على

الحلال لحرم صيدا بأمره اختلف فيه عندنا فذكر الطحاوى تحريمه على الحرم . وقال الجرجاني : لا يحرم . قال القدوري : هذا غلط واختلف على رواية الطحاوى (قوله سواء أمره بذلك) أقول : فيه بحث ، فإنه على التوافق لامل الخلق كما يدل عليه كلام المصنف (قوله واعلم أن هذا الحديث روى بالرفع ، إل قوله : لأنه صار معطوفا على الفعل لا على الفاعل) أقول : فينبغي أن يكون منصوبا إلا أن يقال : هو معطوف على ما عن الفعل فلما حذف أن في المعطوف رفع كافى • إلا أنها لا تجزئ أخبر القوم • أوبقيل : قد تمهل أن تناسبة جلا على أختها ما المصدرة كما في قرأة ابن محيص - لن أراد أن يتم الرضاة - وقوله الفاعل :

• أن تفرآن على أسماء وصيكا • من السلام وأن لا تشتموا أسدا •

قالوا : فيه روايتان . ووجه الحرمة حديث أبي قتادة رضى الله تعالى عنه وقد ذكرناه (وفي صيد الحرم إذا ذبحه الحلال قيمته يتصدق بها على الفقراء) لأن الصيد استحق الأمن بسبب الحرم ،

فأمرنا بأكله ، مفيد عندنا بما إذا لم يذله الحرم ولا أمره بقتله على ما هو المختار المصنف إعمالا لحديث أبي قتادة ، فيجب تخصيصه بما إذا لم يصد للمحرم بالحديث الآخر لدخول الظنية في دلالته . وحديث الزبير خاصه نقل وقائع أحوال لا عموم لها ، فيجوز كون ما كانوا يحملونه من لحوم الصيد للزود بما لم يصد لأجل المحرمين ، بل هو الظاهر لأنهم يزدونه من الحضر ظاهرا ، والإجماع بعد الزواج إلى الميقات ، فالأولى به الاستدلال على أصل المطلوب بحديث أبي قتادة على وجه المعارضة على ما في الصحيحين ، فإنهم لما سأله عليه الصلاة والسلام لم يجب عليه لم يحيى بألم عن موانع الحل أكانت موجودة أم لا ، فقال صلى الله عليه وسلم : أنتم أحد أمره أن يحمل عليها أو أشار إليها ؟ قالوا لا ، قال : فكلوا إذا ، فلو كان من الموانع أن يصاد لم ينظمه في ملك ما يسأل عنه منها في التخصيص عن الموانع ليجب بالحكم عند خلوه عنها ، وهذا المعنى كالصريح في نفي كون الاصطياد للمحرم مانعا فيعارض حديث جابر ويقدم عليه لقوة ثبوته ، إذ هو في الصحيحين وغيرهما من الكتب الستة ، بخلاف ذلك ، بل قيل في حديث جابر لحم الصيد النخ انقطاع ، لأن المطلب بن حنطب لم يسمع من جابر عند غير واحد ، وكذا في رجاله من فيه لين ، وبعد ثبوت ما ذهبنا إليه بما ذكرنا يقوم دليل على ما ذكره المصنف من التأويل هذا . ويعارض الكل حديث الصعب بن جثامة في مسلم أنه أهدى للنبي صلى الله عليه وسلم لحم حمار ، وفي لفظ : رجل حمار ، وفي لفظ : عجز حمار ، وفي لفظ : شق حمار فردة عليه ، فلما رأى ما في وجهه قال : إنا لم نرده عليك إلا أحرم ، فإنه يقتضى جرمة أكل الحرم لحم الصيد مطلقا سواء صيده له أو بأمره أو لا ، وهو مذهب نقل عن جماعة من السلف منهم على بن أبي طالب رضى الله عنه ، ومذهبنا مذهب عمر وأبي هريرة وطلحة بن عبيد الله وعائشة رضى الله عنهم ، أخرج عنهم ذلك الطحاوى رحمه الله ، وقول الشافعى رحمه الله حديث مالك وهو أنه أهدى له حمارا أثبت من حديث من قال إنه أهدى له من لحم حمار ، يعنى فيكون رده امتناع تملك المحرم الصيد منع بأن الزوايات كلها على ما ذكرنا أول الحديث تملك على البضية . ولا تعارض بين رجل حمار وعجزه وشقه على ما لا يخفى ، إذ ينفع بإرادة رجل معها الفخذ وبعض جانب الذبيحة فوجب حمل رواية أهدى حمارا على أنه من إطلاق اسم الكل على البعض لما ذكرنا ولتجنبه لامتناع عكسه ، إذ إطلاق الرجل على كل الحيوان غير معهود ، لا يطلق على زيد أصبع ونحوه ، لأنه غير جائز لما عرف من أن شرط إطلاق اسم البعض على الكل التزام كالرقبة على الإنسان والرأس فإنه لا إنسان دونهما ، بخلاف نحو الرجل والظفر . وأما إطلاق العين على البيئة فليس من حيث هو إنسان بل من حيث هو رقيب ، وهو من هذه الحيثية لا يتحقق بلا عين على ما عرف في التحقيقات ، أو هو أحد معاني المشترك اللفظي كما عده لأكثر منها ، ثم إن في هذا الجمل ترجيحا للأكثر أو نحكم بلفظ تلك الروايات بناء على أن الراوى رجح عنها تبينا للفظه ، قال الجعفى : كان سفيان يقول في الحديث : أهدى لرسول الله صلى الله عليه وسلم لحم حمار وحش ، وربما قال : يقطر دما ، وربما لم يقل ذلك ، وكان فيها الغاية وهي ضعيفة . وقوله (قالوا) آبى المشايخ (فيه) أى في شرط عدم الدلالة لإباحة الأكل (روايتان) في رواية يعزى وهو اختيار الطحاوى ، وفي رواية لا يحرم وهو اختيار أبي عبد الله الجرجاني ، قال (وفي صيد الحرم إذا ذبحه الحلال) وإذا قتل الحلال صيد الحرم وجب عليه (قيمته يتصدق بها على الفقراء) لما ذكر في الكتاب

على ما هو قول البصريين نص عليه ابن هشام في معنى اليبس ، لكن القسم يقول ، هو حلف على المحرم على المنى .

خلا : قال حمار وحش ، ثم صار إلى لحم حتى مات . وهذا يدل على رجوعه وثباته على ما رجح إليه ، والظاهر أنه لثبته غلظه أولا . قال الشافعي رحمه الله : وإن كان أهلى له لحما فقد يحتمل أن يكون علم أنه صيد له فردة عليه اه فإن قيل : إن التعليل ما وقع إلا بالإحرام ، فلو كان كما ذكره الشافعي رحمه الله لقال بأنك صديته لأجل . قلنا : كلام الشافعي رحمه الله يتضمن ذلك . يعني علم أنه قد صيد لأجله وهو محرم فردة عليه معللا بالإحرام بسبب أنه يمنع من أكل ما صيد للمحرم ، وبه يقع الجمع بين حديث الصعب وحديث أبي قتادة وجابر السابق على رأي من يقول : يحرم على المحرم ما صيد لأجله ، أما على رأينا وهو إباحته بغير هذا الشرط فلا يقع الجمع بينه وبين حديث أبي قتادة ، فإننا قلنا : إنه يفيد عدم اشتراط أن لا يصاد لأجله على ما ذكرنا ، فإن حمل حديث الصعب على أنه علم أنه صيد لأجله تعارضا فإنما يصار إلى الترجيح فيرجع حديث أبي قتادة بعدم اضطرابه أصلا ، بخلاف حديث الصعب فإنه قال في بعض رواياته : إنه عليه الصلاة والسلام أكل منه . رواه يحيى بن سعيد عن جعفر عن عمرو ابن أمية الضمري عن أبيه « أن الصعب بن جثامة أهلى لرسول الله صلى الله عليه وسلم فحز حمار وهو بالحضرة فأكل منه وأكل القوم » وما قيل هذه الرواية منكورة ، فإن في جميع الروايات أنه لم يأكل منها إلا في هذه الرواية ، أحسن منه أن يجمع بعد ثبوت صحة هذه الرواية بأن الذي تعرضت له تلك الروايات ليس سوى أنه رده ، وعلى بالإحرام ، ثم سكت الكل على هذا التقدير ، فمن الجائز أن يكون لما رده معللا بذلك بناء على ظن أنه صيد لأجله ذكر له أنه لم يصيده لأجله فقبله بعد الرد وأكل منه ، وهذا جمع على قول من يشترط عدم الاصطيد لأجله ، وعلى قول لكل ما قال البيهقي بعد ما ذكر الرواية التي ذكرناها قال : وهذا إسناد صحيح ، فإن كان محفوظا فكان رد الحمار وقبل اللحم اه . إلا أن هذا جمع بإنشاء إشكال آخر وهو رد رواية أنه رد اللحم وهي بعد صحتها ثبت عليها الراوي ورجع عما سواها على ما قلناه ، إلا أن يدعى أنه عبر البعض عن الكل في رواية رد اللحم وفيه ما قلناه . وعلى كل حال ففي هذا الحديث اضطراب ليس مثله في حديث أبي قتادة فكان هو أولى . فإن قيل : إن حديث أبي قتادة كان سنة ست في عمرة الخديبية ، وحديث الصعب كان في حجة الوداع فيكون نائضا لما قبله . قلنا أما أن حديث الصعب كان في حجة الوداع فلم يثبت عندنا ، وإنما ذكره الطبري وبعضهم ولم نعلم لم فيه ثبنا صحيحا ، وأما حديث أبي قتادة فإنه وقع في مسند عبد الرزاق عنه قال : « انطلقنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم غام الخديبية فأخبرهم أصحابه ولم أحرم » فساد الحديث ، ففي الصحيحين عنه خلاف ذلك ، وهو ما روى عنه « أن النبي عليه الصلاة والسلام خرج حاجا فخرجا معه فصرف طائفة منهم أبو قتادة وقال لهم : خذوا ساحل البحر حتى نلتقي » الحديث ومعلوم أنه عليه الصلاة والسلام لم يحج بعد الهجرة إلا حجة الوداع فكان بالتقدم أولى . وما يدل على ما ذهبنا إليه حديث الهزلي : أخرجه الطحاوي عن عمر بن سلمة الضرير قال : « بينا نحن نسير مع رسول الله صلى الله عليه عليه وهو واضح ، فإن قيل : الصيد كما استحق الأمن بسبب الحرم فكلك استحقه بسبب الإحرام ، فإذا قتل المحرم صيد الحرم ينبغي أن يجب عليه كفارتان وليس كذلك ، قلت : وجوب الكفارتين وجه القياس ، صرح بذلك في الإيضاح . ووجه الاستصسان ما ذكر في شرح الطحاوي أن حرمة الإحرام أقوى لأن المحرم محرم عليه الصيد في الحل والحرم جميعا فاستقيم الأقوى الأضعف .

(قوله قلت وجوب الكفارتين وجه القياس إلى آخر قوله فاستقيم الأقوى الأضعف) أقول : في قوله وجه القياس بحث ، والوجه جواب القياس .

قال صلى الله عليه وسلم في حديث فيه طول « ولا ينفر صيدها » (ولا يجزیه الصوم) لأنها غرامة وليست بكفارة ، فأشبه ضمان الأموال ، وهذا لأنه يجب بغضه وصف في المحل وهو الأمن والواجب على المحرم بطريق الكفارة جزاء على فعله لأن الحرمة باعتبار معنى فيه وهو إحرامه ، والصوم يصلح جزاء الأفعال لاضمان المحال . وقال زفر :
يجزیه الصوم اعتيارا بما وجب

وسلم ببعض أفناء الرءاء وهو محرم إذا حار معقور فيه سهم قدمات ، فقال عليه الصلاة والسلام : دعوه فيوشك صاحبه أن يأتيه ، فجاء رجل من بني هز هوالذي عقر الحمار ، فقال : ارسلوا الله هورميتي فشانكم به ، فأمر النبي عليه الصلاة والسلام أبا بكر أن يقسمه بين الرفاق وهم محرمون ، وجه الاستدلال أن ترك الاستئصال في وقائع الأحوال ينزل منزلة العموم في المقاتل (قوله قال صلى الله عليه وسلم) روى الستة عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : لما فتح الله على رسوله صلى الله عليه وسلم مكة قام النبي صلى الله عليه وسلم فيهم فحمد الله عز وجل وأثنى عليه ثم قال : فإن الله حبس عن مكة الفيل وسلط عليها رسوله والمؤمنين ، وإنما أحلت في ساعة من النهار ، ثم بقيت حرمها إلى يوم القيامة ، لا يعضد شجرها ولا ينفر صيدها ولا يحتل بخلاها ولا تحمل ساقطها ، فقال العباس : إلا الإذخر فإنه لقبورنا وبيوتنا ، فقال عليه الصلاة والسلام إلا الإذخر ، والخيل بالمعجمة مقصورا الحشيش إذا كان رطباً واختلاؤه قطعه (قوله والواجب على المحرم النخ) حاصل ما هنا أن حرمة القتل ثابتة في الصورتين ، غير أن سببها في الإحرام وجوب الجري على موجب ، فإنه عبارة عن الدخول في حرمة عبادة الحج أو العمرة بالترام ما يمنع منه حال التلبس بها كالدخول في حرمة الصلاة ، ومنه علم التعرض للصيد فكان حكمة منعه ، والله سبحانه أعلم بكونه يبيح النفس إلى حالة تنافي حالة الإحرام التي هي التصور بصورة الموت والفاقة فإن فيه ضراوة ، وحالة الإحرام ضراوة قد ظهر أثرها أكثر من ظهوره في سائر العبادات ، ألا ترى إلى كشف الرأس والتلفف بشياب الموت فإذا قتله فقد جنى على العبادة حيث لم يجز على موجبها وجبر العبادة المحضة بعبادة محضة فدخله الصوم . وأما في الحرم فسببها لبقاء أمنه الحاصل له شرعا بسبب الإيذاء إلى حي الله تعالى ، فإذا فوته وجب الجزاء لغضبه ذلك الوصف الكائن في المحل للحناية على عبادة تلبس بها والتزمها بعقد خاص بارتكاب محظورها فلا يدخل الصوم فيه كصوت أمن كائن لمملوك رجل في ماله لاستهلاكه لا يكون بصوم ونحوه بل جبر الأمن القاتل بإثبات أمن الفقير عن بعض الحاجات أنسب لأنه من جنس الحيور ، وعلى وفق هذا وقع في الشرع ، إلا أن مستحق هذا

وقوله (ولا يجزیه الصوم) فرق بين قتل المحرم الصيد وقتل الحلال صيد المحرم ، في جواز الصوم في الأول دون الثاني بما حاصله أن الواجب على المحرم جزاء فعله ، ولهذا تعدد إذا قتل الحرمان الصيد واحدا ، وعلى الحلال بدل ما فات عن المحل من وصف الأمن ، والصوم يجوز أن يقع جزاء الفعل لا بدل المحل . فإن قلت : هذا يناقض ما ذكرت أنفا أنه يؤدى في ضمن أداء جزاء الإحرام إذا قتل المحرم صيد المحرم لأن بدل المحل لا يؤدى في ضمن أداء جزاء الإحرام كما إذا قتل صيدا لمملوكا . فالجواب أن ما قلنا من الاستيعاب إنما كان فيما تكون الحرمانان لواحد وهو الله تعالى ، لو ما ذكرتم ليس كذلك لأن ما وجب فيه يلزم الفعل لله تعالى وما وجب يلزم المحل . وجب للعبد ، ولا يمكن أن يقضى بما لله مالمالعبد لأن افتقار العبد مانع بخلاف الأول ، وعروض بأنه لو كان بدل المحل لموجب على العبيد والمجنون والكافر إذا استهلكوا صيد المحرم وليس كذلك . وأجيب بأنه وإن كان ضمان المحل لكن فيه معنى الجزاء حتى إن حلالا إن أصاب صيد المحرم قتلته في يده حلال آخر فعل كل واحد منهما جزاء كامل لما أن

على الحرم ، والفرق قد ذكرناه ، وهل يجزئ الهلى ؟ فقيه روايتان

الضمان هو الله سبحانه ، فتجاذبه أصلاً : شبه الغرامات اللازمة لتقويت الحال ، وكونه حقاً من حقوق الله تعالى فرتبنا على كل وجه مقتضاه محتاطين في الترتيب المذكور قلنا : لا يخلط الصوم نظراً إلى أنه ضمان عمل . ولا ضمان على الصبي لو قتل صيد الحرم . ولو قتل الصيد حلال في يد حلال صاده من الحرم وجب على كل واحد منهما ضمان كامل لتقويت كل الأمن الواحد الثابت للصيد ، أحدهما بالأخذ ، والثاني بالقتل بعد ما كان بعرضية أن يطلقه ، وفي مثلها من ضمان المتلفات قيمة واحدة على الأخذ . وانفقوا هنا على رجوع الأخذ على القاتل ، أما على قول أبي حنيفة فظاهر لأنه في الإحرام يقول يرجع الأخذ على القاتل مع جناية ليس ضمان محل فهنا أولى ، وهما متعا الرجوع هناك وأبناه هنا لأنه ضمان محل من وجه ، وفي ضمان المحل يرجع على من يقرر الضمان . وإذا تأملت رأيت خصوص الاعتبار في كل مسألة من هذه بجهة دون الجهة الأخرى لأنه اللائق فيها فتأمل مستعينا بالله تعالى ترشد إن شاء الله تعالى . ثم يخل جزاء صيد الحرم في جزاء صيد الإحرام ، فلو قتل محرم صيد الحرم وجب عليه جزاء واحد على وفق جزائه للإحرام خاصة . وتحقيق هذا المقام أن الثابت هنا حق واحد لله تعالى بسبب ارتكابه حرمة واحدة ، وذلك لأن المتحقق أن الله تعالى حرم قتله ووضع هذه الحرمة سببين : حلوله في الحرم ، ووجود الإحرام ، فأبهما وجد استقل بإثارة الحرمة ، فإذا وجدنا معاً وهو الإحرام في الحرم لم يتحقق سوى تلك الحرمة ، وثبوت الأمن إنما هو عن هذه الحرمة وعلمت أنها حرمة واحدة فهنا أمر واحد من حرمة واحدة فومت ، غير أن الله تعالى رتب على انتهاك الحرمة الكائن بالقتل حال كونها عن سبب الإحرام جزاء يخلط الصوم ودل النظر السابق حال كونها عن حلول الصيد في الحرم على وجوب جزاء لا يخلطه ، فإذا ثبتت الحرمة عن السببين جميعاً بأن كان محرماً في الحرم ثم انتهكت بالقتل فيه تعذر في الجزاء اللازم اعتباره في الوجهين جميعاً فلم يعتباره على أحدهما فربما اعتباره على الوجه الذي اعتبره صاحب الشرع وهو ما إذا كان القتل مع الإحرام هو الوجه لأنه أقوى السببين قلنا بذلك ، وإنما كان أقوى لأن كونه سبباً للضمان منصوح عليه بالنص للقطعي ، قال تعالى - فجزاء مثل ما قتل من النعم - بخلاف الكون في الحرم فإن النصوص إنما أعادت بسببها طرمة التعرض ، ولم يصرح بلزوم الجزاء ذاك التصريح فظهر العلماء على أنه تقويت أمن مستحق كالقتل في الإحرام فوجب الضمان على ذلك الوجه : أعنى على وجه لا يخلط فيه الصوم وعليه ترديد نوره في جناية القارن ، واقسبحانه أعلم (قوله وهل يجزئ الهلى ؟ فيه روايتان) في رواية لا فلا يتأدى بالإرابة بل لا بد من التصديق بلحمه بعد أن تكون قيمة اللحم بعد اللبغ مثل قيمة الصيد فإذا كان دونه ، ولذا لو سرق المذبوح وجب أن يقيم غيره مقامه لأنه لا يخلط بالإرابة في غرامات الأموال . وفي أخرى يتأدى فتكون الأحكام المذكورة على عكسها ، وإنما يشترط كون قيمة الهلى قبل اللبغ قيمة المقتول لأن الحق لله تعالى والهلى مال يجعل لله تعالى ، وإرابة الدم طريق صالح شرعاً لمحل المال

كل واحد منهما متلف من جهة أحدهما بالأخذ الموت للأمن والثاني بالإتلاف حقيقة ، فلم يلزم على من ذكرتم نظراً إلى الجزاء (وهل يجزئ الهلى ؟ فيه روايتان) أحدهما أن الواجب لا يتأدى بإرابة الدم بل بالتصدق باللحم فيشترط أن تكون قيمة اللحم مثل قيمة الصيد ، وإن سرق المذبوح عاد المذبوح بما كان ، والأخرى أنه يتأدى بها إذا كانت قيمته قبل اللبغ مثل قيمة الصيد ، فإن سرق المذبوح لم يبق عليه شيء لأن الهلى مال يجعل لله تعالى ، وإرابة الدم طريق صالح لذلك شرعاً كالتصدق ، ألا ترى أن المصحى يجعل الأصحية لله خالصة لإرابة

(ومن دخل الحرم بصيد فعليه أن يرسله فيه إذا كان في يده) خلافاً للشافعي رحمه الله ، فإنه يقول : حق الشرع لا يظهر في مملوك العبد لحاجة العبد . ولنا أنه لما حصل في الحرم وجب ترك التعرض لحرمة الحرم إذ صار هو من صيد الحرم فاستحق الأمن لما رويناه (فإن باعه رد البيع فيه إن كان قائماً) لأن البيع لم يجر لما فيه من التعرض للصيد وذلك حرام (وإن كان قائماً فعليه الجزاء) لأنه تعرض للصيد بتفويت الأمن الذي استحقه (وكذلك بيع الحرم الصيد من محرّم أو حلال) لما قلنا

له خالصاً كالصديق ، ألا ترى أن المصحى يجعل الأضحية خالصة له سبحانه براءة دمه (قوله ومن دخل الحرم بصيد) أي وهو حلال حتى يظهر خلاف الشافعي رحمه الله ، فإنه لو كان محرماً وجب إرساله بمجرد الإحرام اتفاقاً (قوله خلافاً للشافعي) قاسه على الاسترقاق فإن الإسلام بمنه حقا لله تعالى ولا يرفعه ، حتى إذا ثبت حال الكفر ثم طرأ الإسلام لا يرتفع ، علم من هذا أن حق الشرع لا يظهر في مملوك العبد بعد تقرر ملكه بطريقه تفضيلاً من تعالى لحاجة العبد وغناه : وهذا كذلك ، وهذا ما ذكره المصنف . وحاصله تقرير الجامع وترك القيس عليه ، وثم فيه مملوك للعبد بطريق صحيح فلا يظهر فيه حق الشرع وإن كان بمنه في هذه الحالة إذا لم يكن تحقق كالاسترقاق ، ولك في اعتبار القياس أن يجعل ملك الصيد على الاسترقاق أو الصيد للمملوك على المرقوق (قوله ولنا الخ) حقيقته أنه استدلال بالنص فيقدم على القياس . تقريره : هذا صيد الحرم وما كان كذلك لا يحمل التعرض له بالنص فهنا لا يحمل التعرض له بالنص ، أما الأولى فلأنه ليس يراد بصيد الحرم إلا ما كان حالاً فيه . وأما الثانية فلإطلاق النص المذكور من السنة ولم يوجد مثله في الرق بل ثبت شرعاً بقاؤه بعد الإسلام بل عدّه إلى أولاد الإمام من أزواجه وإن لم يتصف الزوج بالكفر قط ، ويمكن كون سر هذا الفرق التعليل على من أمر بفخالفة لأن الرق حكم هذه المخالفة ، بخلاف من لم يخالف وهو الصيد (قوله فإن باعه) يعني بعد ما أدخله الحرم (رد البيع فيه إن كان قائماً) ووجب قيمته إن كان حالاً سواء باعه في الحرم أو بعد ما أخرجه إلى الحل لأنه صار بالإدخال من صيد الحرم . فلا يحمل إخراجاً بعد ذلك ، ولو تابع الحلّان وهما في الحرم الصيد وهو في الحل جاز عند أبي حنيفة خلافاً لمحمد . لأنه ليس يتعرض بتصل به بساحل حكماً ، وليس هو بأبلغ من أمره بتدليس هذا الصيد ،

دمها فكل ذلك بالمدعى . وقوله (ومن دخل الحرم بصيد) قال في النهاية : وهو حلال حتى يظهر خلاف الشافعي رحمه الله ، فإن في الحرم لا يتوقف وجوب الإرسال على دخول الحرم فإنه يجب عليه الإرسال بمجرد الإحرام بالاتفاق . قال الشافعي رحمه الله الصيد الذي في يده مملوكه ، وحق الشرع لا يظهر في مملوك العبد لحاجته (ولنا أنه لما حصل في الحرم وجب ترك التعرض لحرمة الحرم) وبين الملازمة بقوله (إذ صار) يعني الصيد (من صيد الحرم) بالدخول فيه وصيد الحرم مستحق الأمن (لما رويناه) من قوله عليه الصلاة والسلام في حديث طويل ولا ينفر صيدها ، وقوله (فإن باعه) ظاهر . وقوله (لما قلنا) إشارة إلى قوله لأن البيع لم يجر لما فيه من التعرض للصيد .

(قال المصنف : خلافاً للشافعي فإنه يقول حق كسر الخ) أقول : ولا يتحقق ما ذكره الشافعي بالحرم ، فإن عليه أن يرسل الصيد منه كما يحى به سطين ، لأن ذلك لا يترامه بإحرامه أن لا يتعرض للصيد لائق الشرع بمجرد قتله (قال المصنف : إذ صار هو من صيد الحرم فاستحق الأمن) أقول : إذ لو لم الأمور للمسيرة حكم الابتداء ، كما قيل وفيه بحث (قوله وقوله لما قلنا إشارة إلى قوله لأن البيع لم يجر الخ) أقول : وهو أيضاً إشارة إلى قوله لأنه تعرض للصيد بتفويت الأمن ، فإن قوله وكذلك إشارة إلى رد البيع حال قيامه ووجوب الجزاء حال هلاكه .

(ومن أحرم وفي بيته أو في قصص معه صيد فليس عليه أن يرسله) وقال الشافعي رحمه الله : يجب عليه أن يرسله لأنه متعرض للصيد بإمساكه في ملكه فصار كما إذا كان في يده . ولنا أن الصحابة رضي الله عنهم كانوا يحرمون وفي بيوتهم صيود ودواجن ، ولم ينقل عنهم إرسالها وبذلك جرت العادة الفاشية وهي من إحدى الحجج ، ولأن الواجب ترك التعرض وهو ليس بمعرض من جهة لأنه محفوظ بالبيت والقفص لآبه غير أنه في ملكه ، ولو أرسله في مغارة فهو على ملكه فلا معتبر ببقاء الملك ، وقيل : إذا كان القفص في يده لزمه إرساله لكن على وجه لا يضييع . قال (فإن أصاب حلال صيدا ثم أحرم فأرسله من يده غيره يضمن عند أبي حنيفة) رحمه الله (وقالوا لا يضمن) لأن المرسل أمر بالمعروف ناه عن المنكر وما على الخسنيين من سبيل . وله أنه ملك الصيد بالأخذ ملكا محترما فلا يبطل احترامه بإحرامه وقد أثلفه المرسل فيضمنه ، بخلاف ما إذا أخذه في حالة الإحرام لأنه لم يملكه ،

بخلاف ما لو رماه من الحرم للاتصال الحصى (قوله ومن أحرم وفي بيته أو في قصص معه) قيد المسئلة به : لأنه لو كان في يده حقيقة وجب الإرسال اتفاقا ، ولو هلك وهو في يده وجب الجزاء وإن كان مالكا له للجنابة على الإحرام بعدم تركه ، فلذا اختلفوا فيها إذا كان القفص في يده هل يجب عليه تركه وإن كان على وجه لا يضييع أولا بناء على كون الصيد في يده يكون القفص فيها ولها يصير خاصيا له بقصص القفص أو ليس فيها بل يكون القفص فيها . ولذا جاز للمحدث أخذ المصحف بخلافه (قوله وبذلك جرت العادة الفاشية) من لئذ الصحابة إلى الآن ، وهم والتابعون ومن بعدهم يحرمون وفي بيوتهم حمام في أبراج وعندهم دواجن والطيور لا يطلقونها (وهي إحدى الحجج) فدللت على أن استبقاءها في الملك محفوظ بغير اليد ليس هو التعرض المنتع (قوله ولا معتبر ببقاء الملك) أي لا يعتبر بقاء الملك جنابة على الصيد ولأنه لم يكن الواجب عليه الإرسال لأنه لا يفيد إخراجا عن ملكه بل كان الواجب عليه تمليكها والعادة الفاشية تنفيه (قوله وله أنه ملك الصيد بالأخذ حلالا ملكا محترما) حتى لو أخذه وهو حلال ثم أحرم فأرسله ثم وجدته بعد الإحلال في يد شخص كان له أن يأخذه منه لأنه ما أرسله عن اختيار ، كذا حلل التمرناشي ، فهذا يدل على أنه لو أرسله من غير إحرام يكون إباحة ، أما لو كان صاده في إحرامه ثم أرسله ثم حل فوجده في يد رجل فليس له أن يأخذه منه لأنه ما ملكه بالأخذ في الإحرام ، والله أعلم

وقوله (ومن أحرم وفي بيته أو في قصص معه صيد فليس عليه أن يرسله) يشير إلى أنه لو كان في يده فعليه أن يرسله بالاتفاق ولها قاس الشافعي صورة النزاع عليه بقوله (كما إذا كان في يده) وقوله (ولنا أن الصحابة) ظاهر ، وقوله (وبذلك جرت العادة الفاشية) فإن الناس يحرمون ولم يبيوت الحمام ولا يجب عليهم إرسالها . وقوله (ولأن الواجب ترك التعرض) دليل آخر يتضمن الجواب عن دليل الشافعي ، ووجهه أن الواجب ترك التعرض وهو حاصل إذا لم يكن بيده (لأنه محفوظ بالبيت والقفص لآبه) والتعرض بالإمساك في الملك ليس بمناف ، لأنه لو أرسله في المغارة فهو على ملكه ، فدل على أنه لا معتبر ببقاء الملك ولا لزم الجزاء أرسل أو لم يرسل (وقيل إذا كان القفص في يده وجب عليه إرساله) لأنه متعرض له بمسكه (لكن على وجه لا يضييع) بأن يخليه في بيته لأن إغصاة المال منهي عنها . وقوله (فإن أصاب حلال صيدا) ظاهر . وقوله (ملك الصيد بالأخذ ملكا محترما) احتراز عما أخذه المحرم فإنه لا يملك الصيد ، والملك المحترم لا يبطل بالإحرام ، وإنما قلنا إنه ملكه ملكا محترما بدليل أن الحلال إذا أخذ الصيد ثم أحرم فأرسله ثم حل فوجده في يد غيره كان له الأخذ منه ، بخلاف ما إذا أخذ الصيد وهو محرم ثم أرسله ثم حل من إحرامه فوجده في يد غيره لا يسبيل له عليه ، وإذا كان ملكا محترما وقد أثلفه المرسل وجب عليه ضمانه . فإن قيل : سلمنا أنه ملكه ملكا محترما

(قال المصنف : وقيل إذا كان القفص في يده لزمه إرساله لكن على وجه لا يضييع) أقول : ومنه يعلم أن ما يفعله الناس من اقتناء الطيور من الصيادين ثم إطلاقها منهي عنه لأنها ملكه ، وتضييع الملك منهي .

والواجب عليه ترك التعرض ويمكنه ذلك بأن يخفيه في بيته ، فإذا قطع يده عنه كان متعلدا . ونظيره الاختلاف في كسر المعازف (وإن أصاب محرم صيدا فأرسله من يده غيره لأضيان عليه بالافتراق) لأنه لم يملكه بالأخذ ، فإن الصيد لم يبق محلا لتملك في حق المحرم لقوله تعالى - وحرم عليكم صيد البر مادمت حرمنا - فصار كما إذا اشترى الخمر (فإن قتله محرم آخر في يده فعل كل واحد منهما جزاءه) لأن الأخذ متعرض للصيد الآمن ، والقاتل مقرر لذلك ، والتقرير كالاتداء في حق التضمين كشهود الطلاق قبل الدخول إذا رجعا (ويرجع الأخذ على القاتل) وقال زفر : لا يرجع لأن الأخذ مؤاخذ بصنعه فلا يرجع على غيره . ولنا أن الأخذ إنما يصير سببا للضمان عند اتصال الملاك به ، فهو بالقتل جعل فعل الأخذ علة فيكون في معنى مباشرة علة العلة فيحال بالضمان عليه

(قوله والواجب عليه ترك التعرض) جواب عن قولنا المرسل أمر معروف . فأجاب بأن الواجب الذي يجب الأمر به ترك التعرض وذلك يحصل بتقويت يده الحقيقية لامتلاك يده ، فإن ادعى الثاني منعه ، أو الأول سلمناه ، وذلك يحصل بإرساله ولو في قصص (قوله ولنا أن الأخذ إنما يصير سببا للضمان إذا اتصل به القتل) ولنتوجه قبل قتله خطاب إرساله وتخليفه (فهو بالقتل جعل فعل الأخذ علة فيكون في معنى مباشرة علة العلة فيحال بالضمان عليه) وإن لم يفوت بهذا القتل يدا محترمة ولا ملكا فإن المتعلق بهما ضمان يجب للذي اليد والملك ابتداء بدل ملكه ويده ، وهنا الواجب عليه ليس إلا الرجوع بما غرمه لكونه السبب فيه فإنه منوط بتقويته يدا معتبرة ، كما في غضب المدير ، إذا قتله إنسان في يد غاصبه فأدى الغاصب قيمته ، وهنا قد تحقق ذلك فإنه فوت يدا معتبرة في حق التمكن بهامن إسقاط ماعليه من الإرسال ودفع وجوب الجزاء فهو موطئه في ذلك . وإذا وجب الرجوع بنصف المهر على شهود الطلاق قبل الدخول إذا رجعا فالرجوع هنا أولى لأن الشهود قرروا ما كان متوهم السقوط بعد تحقق الحجب بسبب مباشرة الزوج باختياره . والقاتل هنا هو الذي حقق سبب الوجوب على وجه لا يتوهم سقوط الواجب به لما عرف من أن مجرد الأخذ سبب لوجوب الإرسال ، وإنما يكون سببا للجزاء إذا اتصل به القتل ، وإنما قال : فيكون في معنى مباشرة علة العلة لأن الأخذ ليس علة العلة ، فإن العلة القتل والأخذ ليس علة للقتل ولا جزء علة ولا سببا ، بل القتل

ولكن وجب إخراجه من الملك تركا للتعرض الواجب الترك . أجاب بقوله (والواجب عليه ترك التعرض) لا الإخراج عن ملكه (ويمكنه ذلك بأن يخفيه في بيته فإذا قطع عنه يده) بالإرسال (كان متعلدا) فيضمن (ونظير هذا الاختلاف الاختلاف في كسر المعازف) فإنه لأضيان فيه عندهما لأنه أمر بالمعروف ناه عن المنكر . وعند أبي حنيفة يجب الضمان لغيره لو . وقوله (وإن أصاب محرم صيدا) ظاهر . وقوله (فإن قتله محرم آخر في يده فعل كل واحد منهما جزاءه) لأن الأخذ متعرض للصيد الآمن) والتعرض له من محظورات الإحرام الموجبة للجزاء (والقاتل مقرر للملك) لأنه كان بعد الأخذ متمكنا من الإرسال وقد فات ذلك به وتقرر التعرض (والتقرير كالاتداء في حق التضمين كشهود الطلاق قبل الدخول إذا رجعا) فإنهم يضمنون بما قرروا بشهادتهم ما كان على شرف السقوط بتسكين ابن الزوج على ما عرف (ثم يرجع الأخذ على القاتل) بما ضمن من الجزاء (وقال زفر : لا يرجع) لأن الأخذ إنما أخذ بصنعه ، ومن أخذ بصنعه لا يرجع على غيره فيما لا يقبل الملك لئلا يستلزم تنزيل الراجح منزلة المالك بواسطة الضمان فيها هو غير قابل للملك في حق المحرم ، كسلم غضب خنزير ذي فأنفقه في يده آخر فضمن الذي الغاصب لم يرجع على المتلف بشئ . (ولنا أن الأخذ إنما يصير سببا للضمان عند اتصال الملاك به) فهو أي القاتل بالقتل جعل فعل الأخذ علة فيكون قتله (في معنى مباشرة علة العلة فيضاف الضمان إليه) كتناسب الغاصب

(فإن قطع حشيش الحرم أو شجرة ليست بمملوكة وهو مما لا ينبت الناس فعليه قيمته إلا فيما جف منه) لأن حرمتها ثبتت بسبب الحرم ، قال عليه الصلاة والسلام

مستقل بسببية إيجاب الجزاء ، ألا ترى أنه يجب عليه الجزاء لو رماه من بعيد قبل أن يأخذه فألأخذ قد يكون شرطا حسيا للقتل وقد لا يكون ، إلا أن مباشرة الشرط في الإلتفاف سبب للضمان ، كحفر البئر فإنه شرط للوقوع والعلّة ثقل الواقع ، وبهذا التقرير يسقط سوءالان : كيف يرجع ولم يفوت يدا محترمة ولا ملكا . وأيضا أن الشيء إذا خرج عن محمية الملك لا يضمن مسهله وإن جنى من كان في يده . فإن قيل : ما الفرق بين هذا وبين المسلم إذا غضب شجر الذي فاستهلكه مسلم آخر في يده يضمن الأخذ للذي ولا يرجع على المستهلك ، فالجواب أن اتحاد اعتقاد سقوط تقويمها منع من رجوع المسلم على ذلك المسلم المستهلك ، وهذا وقد أورد في التباية كيف يرجع وهو قد لزمه كفارة تخرج بالصوم وهو إنما يرجع بضمان يحبس به فلا يجوز أن يرجع عليه بأكثر مما لزمه . وأجاب بأن مثل هذا التفاوت لا يمنع كالأب إذا غضب مدير ابنه فغضبه منه آخر فضمن الابن أباه فإنه لا يحبس ، وللأب أن يحبس من قتله في يده ، ولا فرق بين ضمان يفنى به وضمان يقضى به ، فإن زكاة السائمة تدخل تحت القضاء ، بخلاف زكاة سائر الأموال فتحق الله تعالى إذا كان له طالب معين يكون له المطالبة ، وإذا لم يكن لاثنتين المطالبة ، وهذا قد يومئ أن له الرجوع وإن كفر بغير المال ، وقد صرح في المتن بأنه إنما يرجع إذا كفر بالمال . ونقل عن أبي عبد الله الجرجاني أنه قال : ولا فرق بين كون القاتل ضيحا أو نصرانيا أو عجميا في ثبوت الرجوع عليه . وأصل المسائل كلها أن تقويت الأمن على الصيد يوجب الجزاء ، والأمن يكون بثلاثة أشياء : بإحرام الصائد أو دخوله في أرض الحرم ، أو دخول الصيد فيه . وأنه إذا تحقق التقويت لا يبرأ بالثقل فلما قلنا : يجب الجزاء في إرسال الحلال الصيد في أرض الحل بعد ما أخرجه من أرض الحرم ، وإرسال الحرم إياه في جوف البلد ، لأنه لم يصير بهذا الإرسال محتما ظاهرا ، ولذا لو أخذه إنسان حلال كره أكله اه (قوله فعليه قيمته) جعله

إذا أتلّف المخصوب وضمنه الغاصب ، فإن حاصل الضمان يستقر عليه . واعترض بأن الرجوع يستلزم تضمين مائليس بمملوك وما ليس بمملوك ليس بمضمون وإلزام أكثر مما لزمه ، فإن ما لزمه كفارة يفنى بها ويجزئه الصوم فيه ، وبالرجوع يطالبه بضمان محكوم به ويحبس عليه وذلك أكثر مما لزمه فلا يجوز . وأجيب عن الأول بأن الضمان لم يستلزم الملك بل يجوز أن يكون في مقابلة إزالة يد محترمة وهي موجودة فيما نحن فيه لأن الأخذ كان متمكنا بيده من الإرسال وإسقاط الجزاء به عن نفسه وقد فوّتها القاتل عليه فيضمنه كغاصب المدير إذا أتلّفه إنسان في يده فأدى الغاصب قيمته فإنه يرجع على القاتل بقيمته كما لو ملكه وإن كان المدير لا يقبل الانتفال من ملك إلى ملك . وعن الثاني بأن مثل هذا التفاوت لا يمنع الرجوع ، كالأب إذا غضب مدير ابنه فغضبه منه آخر ، ثم الابن ضمن الأب رجع الأب على الغاصب ويحبسه وإن كان هو لا يحبس فيما لزمه لابنه . والجواب عما استشهد به زفر أن غاصب الخنزير لم تثبت له يد محترمة لأن خروجه عن محمية التملك لإهانتته ، بخلاف الصيد لأن ذلك فيه زيادة احترام في حق الحرم بإخراجه كحرمة الأذى فتثبت له يد محترمة فيه وإن لم يثبت له ملك . قال (فإن قطع حشيش الحرم)

(قال المصنف : فإن قطع حشيش الحرم أو شجرة وليس بمملوك ولا هو مما ينبت الناس فعليه قيمته ، إلا فيما جف منه لأن حرمتها ثبتت بسبب الحرم ، قال عليه الصلاة والسلام « لا يخلع خلاعا ولا يصد صدقا ») أقول : قوله صل الله عليه وسلم « لا يخلع » أي لا يقطع ، يقال خلعه واعتلته قطعه ، ثم يجرى مجازا لأن أصل اسم لقيات الرطب والحشيش اسمه إذا يبس . في الصلاح : ولا يقال له رطبا حشيش ، وجوابه أنه مجاز على طريقة « أصغر نحر » - بقرينة وما جف من شجر الحرم لأضيق فيه .

ولا يخلخل خلاها ولا يعضد شوكة ، ولا يكون للصوم في هذه القيمة ملخل لأن حرمة تناولها بسبب الحرم لا بسبب الإحرام فكان من ضمان الحال على ما بينا ويتصدق بقيمته على الفقراء ، وإذا أداها ملكه كما في حقوق العباد ، ويكره بيعه بعد القطع لأنه ملكه بسبب محظور شرعا ، فلو أطلق له في بيعه لتطرق الناس إلى مثله ، إلا أنه يجوز البيع مع الكرامة ، بخلاف الصيد ، والفرق ما ذكره . والذي يثبت الناس عادة عرفناه غير مستحق للأمن بالإجماع ، ولأن الحرم المنسوب إلى الحرم والنسبة إليه على الكمال عند علم النسبة إلى غيره بالإنبات .

جاءت المسئلة ليفيد أنه لا يدخله الصوم . وحاصل وجوه المسئلة أن التاب في الحرم إما إذخر أو غيره وقد جف أو انكسر أو ليس واحدا منها فلا شيء في الأول . وأما الثاني وهو ما ليس واحدا منها إما أن يكون أنيته الناس أولا ، فالأول لا شيء فيه أيضا سواء كان من جنس ما يستكتب عادة أولا ، والثاني وهو ما لا يثبت الناس بل ثبت بنفسه ، إما أن يكون من جنس ما يثبتونه أولا ، فلا شيء في الأول ، والثاني هو الذي فيه الجزاء ، فما فيه الجزاء هو ما ثبت بنفسه وليس من جنس ما يثبت الناس ولا منكسرا ولا ينجفا ولا إذخرا ، ولا بد في إخراج ما يخرج عن حكم الجزاء من دلائل . فأشار المصنف إلى أن الإذخر خرج بالنص وما أنيته بقسميه بالإجماع ، وأما الحاف والمنكسر ففي معناه ، فاعلم أن الألفاظ التي وردت في هذا الباب الشجر والشوك والخلي ، فالحلي والشجر قد سماهما في حديث أبي هريرة ، والشوك في الصحيحين أيضا أنه عليه الصلاة والسلام قال يزم الفتح إن هذا البلد حرمة الله ، إلى أن قال : لا يعضد شوكة ولا ينثر صيده ولا يلتقط لقطته إلا من عرفها ولا يخلخل خلاها . الحديث ، فالحلي هو الرطب من الكلا ، وكلنا الشجر اسم للقائم الذي بحيث ينمو فإذا جف فهو حطب ، والشوك لا يعارضه لأنه أهم يقال على الرطب والحاف فليحمل على أحد نوعيه دفعا للمعارضة . وأما الذي ثبت من غير أن يثبت الناس وهو من جنس ما يثبتونه فلا أدري ما المخرج له ، غير أن المصنف علل إخراج أهل الإجماع ما يثبت الناس بأن إنباتهم يقطع كمال النسبة إلى الحرم ، فإن صح أن يقال : إن كونه من جنس ما يثبتونه يمنع كمال النسبة إليه ألحق بما يثبتونه ، وإلا فيحتاج إلى وجه آخر والله أعلم . هذا وكل ما جاز الانتفاع به في الحرم جاز إخراجه ، ومن ذلك أحجار أرض الحرم وحصاها إلا أن يبلغ في ذلك فيحفر كثيرا يضر بالأرض أو الدور فيمنع (قوله والفرق ما ذكره) أي الفرق بين نبات الحرم إذا أدى قيمته حيث يصح بيعه ، ويكره لأنه ملكه بسبب محظور وبين الصيد

اعلم أن حشيش الحرم وشجره على نوعين : شجر أنيته الإنسان ، وشجر يثبت بنفسه ، وكل واحد منهما على نوعين لأنه إما أن يكون من جنس ما يثبت الناس أو لا يكون . والأول بنوعيه لا يوجب الجزاء ، والأول من الثاني كذلك ، وإنما يجب الجزاء في الثاني منه وهو ما ثبت بنفسه وليس من جنس ما يثبت الناس ، ويستوى فيه أن يكون مملوكا لإنسان بأن يثبت في ملكه أو لم يكن ، حتى قالوا في رجل ثبت في ملكه أم غيلان فقطعها لإنسان فعليه قيمتها لما لكها وعليه قيمة أخرى لحق الشرح ، فقوله فإن قطع حشيش الحرم إلى أن قال فعليه قيمته إشارة إلى هذا النوع الأخير لأنه أضافه إلى الحرم وقال وهو ما لا يثبت الناس . وقوله (لا يخلخل خلاها) أي لا يعضد رطب مرعاها ولا يقطع شوكة . وقوله (لأن حرمة تناولها بسبب الحرم لا بسبب الإحرام) لأن الحرم ليس بممنوع من الاحتشاش والاحتطاب خارج الحرم . وقوله (على ما بينا) إشارة إلى قوله لأنها غرامة وليست بكفارة . وقوله (بخلاف الصيد) يعني أنه لا يجوز بيع صيد اصطاده حرم أو بيع صيد الحرم أصلا (والفرق ما ذكره) يريد قوله لأن بيعه حيا تعرض للصيد الآمن . وقوله (والذي يثبت الناس عادة) متصل بقوله وهو مما لا يثبت

وما لا يثبت عادة إذا أثبت الإنسان التحق بما يثبت عادة . ولو ثبت بنفسه في ملك رجل فعل قاطعه قيمتان : قيمة لحرمه الحرم حقا للشرع ، وقيمة أخرى ضامنا للمالكة كالصيد المملوك في الحرم ، وما جف من شجر الحرم لاضمان فيه لأنه ليس بنام (ولا يرعى حشيش الحرم . ولا يقطع إلا الإذخر) وقال أبو يوسف رحمه الله : لا بأس بالرعي لأن فيه ضرورة ، فإن منع الدواب عنه معتبر . ولنا ما رويناه . والقطع بالمشافر كالقطع بالمتناجل وحل الحشيش من الحل ممكن فلا ضرورة ، بخلاف الإذخر لأنه استثناء رسول الله صلى الله عليه وسلم فيجوز

حيث لا يصح بيعه وإن أدى ضيانه ما سيذكره من قوله لأن بيعه حيا تعرض للصيد إلى آخر ما يبيى . (قوله فعل قاطعه قيمتان) هذا على قولهما ، أما على قول أبي حنيفة فلا يتصور لأنه لا يتحقق عنده تملك أرض الحرم بل هي سوايب عنده على ما سيأتى لإنشاء الله تعالى (قوله ولنا ما رويناه) يعنى قوله عليه الصلاة والسلام « لا يمتثل خلاها » أى لا يقطع ، خلاه واختلاؤه قطعاه ولا يعضد شوكها والعضد : قطع الشجر من حد ضرب قد منع القطع مطلقا أعم من كونه بالمتناجل أو المشافر فلا يحل الرعي والضرورة تندفع بحمل الحشيش من الحل ، ومشفر كل شيء

الناس . وقوله (وما لا يثبت عادة إذا أثبت الإنسان) معطوف على قوله والذي يثبت الناس عادة : يعنى ما لا يثبت الناس عادة إذا أثبت الإنسان التحق بما يثبت الناس فكان غير مستحق الأمن لحاقا بمحمل الإجماع بجماع انقطاع كمال النسبة إلى الحرم عند النسبة إلى غيره بالإثبات . وقوله (ولو ثبت بنفسه) يعنى الذى لا يثبت عادة لو ثبت بنفسه (في ملك رجل) قد ظهر مما ذكرناه آتفا . واعترض عليه بوجهين : أحدهما أن النبات يملك بالأخذ فكيف يجب القيمة بعد ذلك ، والثانى أن الحرم غير مملوك لأحد فكيف يتصور قوله وقيمة أخرى ضامنا للمالكة . وأوجب عن الأول بأن قوله صلى الله عليه وسلم « الناس شركاء في ثلاث : الماء والكبلا ، والتار » محمول على خارج الحرم ، وأما حكم الحرم فبخلافه لأنه حرام التعرض بالنص كصيده . وعن الثانى بأنه على قول من يرى تملك أرض الحرم وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله . وقوله (وما جف من شجر الحرم) بيان الاستثناء في مطلع هذه المسئلة وهو ظاهر . وقوله (لا بأس بالرعي لأن فيه ضرورة) يعنى أن الذين يدخلون الحرم للحج أو العمرة يكونون على الدواب ومنعها عنه معتبر فتحقت الضرورة (ولنا ما رويناه) يعنى قوله عليه الصلاة والسلام « لا يمتثل خلاها » وإنما تعتبر الضرورة فيما لا يكون فيه نص بخلافه . فإن قيل : النص في القطع لا في الرعي . أجاب بقوله (والقطع بالمشافر كالقطع بالمتناجل) شفرة كل شيء حرفة . ومشفر البعير شفته . والمتناجل جمع منجل وهو ما يمسح به الزرع . وقوله (وحل الحشيش) يعنى سلطنا أن النص في القطع لا في الرعي لكن لانسلم الضرورة لأن حل الحشيش (من الحل ممكن فلا ضرورة) فإن قيل : ما بال الإذخر لم يحرم رعيه ولا ضرورة فيه ؟ أجاب بقوله (بخلاف الإذخر) لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم استثناءه فيجوز رعيه . وروى « أن العباس رعى الله عنه

(قال المصنف : وقيمة أخرى ضامنا للمالكة) أقول : قلنا بين الحام هذا على قولهما ، أما على قول أبي حنيفة رخصه الله فلا يتصور لأنه لا يتحقق عنه تملك أرض الحرم بل هي سوايب عنده . يعنى على ظاهر الرواية عنه ، وأما على رواية الحسن قوله فتقولهما وطريقه القنوى كما نصرا عليه (قوله ولنا ما رويناه) إلى قوله : وإنما تعتبر الضرورة فيما لا يكون فيه نص بخلافه . قلنا : قلنا قوتهم حواض الضرورة مستثناة من قواعد الشرع فلا يكون التمسك بالمشافر من معنى التمسك بالمتناجل حتى يمسح به . ثم أقول : بلى في قوله ولنا ما رويناه أبلغ بحث ، إذ الأول أنه يقال : ولما لأن الخلاف هنا (قوله) يعنى سلطنا أن النص في القطع لأن الرعي لكن لانسلم الضرورة (الخ) أقول : حق هذا المنع هو التمسك . وتقديره على الترتيب الطبيعي أن يقال : لانسلم الضرورة لأن حل الحشيش من الحل ممكن ، ولو سلم فاجبها فيما لانص فيه ، ثم أقول : أنه خالية إلى إثبات الضرورة إذا لم يقتلوا النص الرعي .

قطعه ورعيه ، وبخلاف الكأه لأنها ليست من جملة النبات (وكل شيء فعله القارن بما ذكرنا أن فيه على المفرد دما فعليه دمان دم لحجته ودم لعمرته) وقال الشافعي رحمه الله دم واحد بناء على أنه محرم بإحرام واحد عنده ، وعندنا بإحرامين وقد مر من قبل . قال (إلا أن يتجاوز الميقات غير محرم بالعمرة أو الحج فيلزمه دم واحد)

حرفه ، ومن ذلك شفة السيف حله ، وشفير الخندق والنهر والبئر حرفه ، ومشفر البعير شفته (قوله وبخلاف الكأه) لأنها ليست من جنس النبات لأنه اسم لما يظهر على وجه الأرض ، والكأه تخلق في باطنها لا يظن منها شيء . وأيضا لا تنمو ولو قدر كونها نباتا كانت من الجاف (قوله وكل شيء فعله القارن بما ذكرنا أن فيه على المفرد دما فعليه دمان : دم لحجته ، ودم لعمرته . وقال الشافعي : دم واحد بناء على أنه محرم بإحرام واحد عنده وعندنا بإحرامين) فالجناية عليهما مجتمعين كالجناية عليهما منفردين . وأورد قلم لم يتدخل إحرام الحرم والإحرام فيما إذا قتل الحرم صيد الحرم لإذكان عليه جزء واحد ؟ . أجيب بأن حرمة الإحرام أقوى من حرمة الحرم لأنها توجب حرمان كثيرة غير الصيد ، بخلاف حرمة الحرم فاستتبع أقوى الحرمين الأخرى لأن الأصل إذا اجتمع موجبان لحكم واحد إضافة الحكم إلى أقوامهما وجعل الآخر تبعاً له كالعلم ، وهذا كالخافر مع النافع والحارز للرقبة مع الجارح ، وإحرام الحج مساو لإحرام العمرة ، فإن جميع ما يحرم به يحرم بالآخر فلم يمكن الاستتباع فيجعل

لما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يخلئ خلاها ولا يعصده شوكتها قال : إلا الإذخر (إلا الإذخر يارسل الله فإنه لقيومهم وبيوتهم ، فقال عليه الصلاة والسلام : إلا الإذخر) وتأويله أنه عليه الصلاة والسلام كان من قصده أن يستثنى إلا أن العباس سبقه بذلك ، أو كان أوحى الله إليه أن يخصص فيها يستثنى العباس . فإن قيل : على هذا التفرير كان قوله لا يخلئ خلاها عاما مخصوصا بمقارن فليخص الرعي بالقياس عليه . قلت : الاستثناء ليس بتخصيص ، ولئن سلمناه كان الإذخر مخصوصا بالضرورة ، وقد ذكرنا أن لضرورة في الرعي . وقوله (وبخلاف الكأه معطوف على قوله بخلاف الإذخر : يعني أنها ليست بدخلة في الحرمات لأنها ليست من جملة نبات الأرض بل هي مودعة فيها . قال (وكل شيء فعله القارن بما ذكرنا أن فيه على المفرد دما فعليه دمان) كل ما على المفرد فيه دم مما تقدم من الجنايات فعلى القارن فيه دمان (دم لحجته ودم لعمرته . وقال الشافعي رحمه الله : دم واحد بناء على أن القارن عنده محرم بإحرام واحد وعندنا بإحرامين وقد مر ذلك من قبل) فإن قيل : إحرام الحج أقوى لكونه فرضا دون العمرة ، وإذا اجتمع أمران في إيجاب حكم واحد وأحدهما أقوى من الآخر فإن الحكم يضاف إليه ويجعل الأضعف كالمعلوم ، كما ذكرتم في المحرم إذا قتل صيد الحرم فإنه لا يجب عليه إلا جزء واحد لأن حرمة الإحرام أقوى ، فالجواب أن ذلك الأصل صحيح ولكن ليس إحرام الحج أقوى من إحرام العمرة فإن إحرام العمرة على أفرادها يحرم على الحرم بها جميع ما يحرم إحرام الحج فكانا متساويين فلا يستتبع أحدهما الآخر . فإن قيل : فهل هذا يجب أن يختص بوجوب الدين على القارن بما إذا كان قبل الوقوف بعرفة ، فأما بعد الوقوف بها ففي الجماع يجب دمان ، وفي سائر المحظورات دم واحد . وأجيبنا أن إحرام العمرة إنما يقي في حق التحلل لا غير . قلت بعد ذلك : وإن كان شيخ الإسلام ذكر مثل ما ذكرت . ووجه البعد أن إحرام العمرة بعد الفراق من أفعالها ما يبقى إلا في حق التحلل خاصة فكان قبل الوقوف وبعدة سواء . وقوله (إلا أن يتجاوز الميقات استثناء من قوله فعليه دمان .

(قوله وقد ذكرنا أن لضرورة في الرعي) أقول : وكذلك في الإذخر إذ يجوز إتيائه من الحل (قال المصنف : إلا أن يتجاوز الميقات بخير إحرام)

خلافاً لزفر رحمه الله لما أن المستحق عليه عند الميقات إحرام واحد وتأخير واجب واحد لا يجب إلا جزء واحد (وإذا اشترك محرمان في قتل صيد فعلى كل واحد منهما جزاء كامل) لأن كل واحد منهما

كل كان ليس معه غيره ، كما لو جرح اثنان آخر فأتى . ويرد عليه ما ذكره المصنف في دفع إيجاب الشافعي البنية على من جامع في العمرة بعد ما طاف أربعة أشواط قياساً على وجوبها إذا جامع في الحج بعد الوقوف بعرفة من أنها سنة ومنع اقتراضها فيجب عليه شاة إظهار التفاوت فأظهر التفاوت في الأجزاء للتفاوت في المحنى عليه ، فلو اتحد رتبة إحرام الحج والعمرة لم يصح ما ذكره ، وإذا ظهر التفاوت جاز الاستتباع وإن لم يبلغ إلى درجة عدم الإيجاب ، ألا ترى أن حرمة الحرم موجبة بانفرادها ما يوجب الإحرام ومع ذلك ظهر التفاوت من وجه آخر ووقع الاستتباع ، وعند هذا نورد ما كنا وعدنا ، وهوان قتل الصيد يحرم واقع جناية على الإحرام فوجب الجزاء إن كان نفس انتهاك حرمة القتل وجب أن لا يتعد لأنه لا تمتد في الحرمة بل التعدد في السبب على ما حقه في مسألة قتل المحرم صيد الحرم ، وإن كان الجنابة على الإحرام والإحرام متعددين فيتعذر الجزاء وجب التعدد في قتل المحرم صيد الحرم لتعدد الجنابة بتعدد المحنى عليه وهو الإحرام والحرم ، إذ لا شك أن منع قتل الصيد فيه لإثبات الله تعالى لحرمة وجعله حراماً والقتل فيه جناية على حرم الله ، وكون إحدى الحرمتين فوق الأخرى لم يعرف في الشرع سبباً لإهدار الحرمة وجعلها تبعاً ، بل الأصل أن كل حرمة تستتبع موجباً سواء ساءت غيرها أو لا ، ومن المعلوم أن الوجوبات والتحريمات متفاوتة بالأكلية وقوة الثبوت ولم يسقط اعتبار شيء منها خصوصاً وهذه الكفارة ظهر من الشارع الاحتياط في إثباتها حيث ثبتت مع النسيان والاضطرار في قتل الصيد فلا يجوز الاحتياط في إسقاطها إلا لموجب لامرء له كتبوت الحاجة إلى تكرير السبب كثيراً كما قلنا في تكرير آية سبعة التلاوة ، وليس ذلك بلازم إذ لا حاجة متحققة في تكثير القتل مع الإحرام والحرم ليستلزم تعدد الواجب الحرج فيدفع بالتدخل لطفاً ورحمة فيلزم التدخل ، وإلجواب منع الحصر لجواز كون الجزاء لإدخال النقص في العبادة لا لكونه جناية . والقارن بالجنابة على الإحرامين مدخل للنقص في عبادتين ، بخلاف قتل المحرم صيد الحرم ، وذكر شيخ الإسلام أن وجوب الدمين على القارن إذا كانت الجنابة قبل الوقوف في الجماع وغيره ، أما بعد الوقوف في الجماع يجب دمان وفي سائر المخطورات دم واحد وتقدم ما فيه (قوله لأن المستحق عليه النج) هذا وجه المذهب واقتصر عليه ، ولم يذكر وجه قول زفر لضعف كلامه في هذه المسئلة ، وأما الصورة التي يجب سببها على القارن دمان بسبب المجاوزة فهي فيما إذا جاوز فأحرم بحج ثم دخل مكة فأحرم بعمرة ولم يعد إلى الحل عزمياً فليس كلامهما للمجازاة بل الأول لما والثاني ترك ميقات العمرة ، فإنه لما دخل مكة التحق بأهلها وميقاتهم في العمرة الحل (قوله وإذا اشترك محرمان النج) وجهها ظاهر من الكتاب ، وكذا الفرق بين اشترك المحرمين في قتل الصيد والحلالين في صيد الحرم

وقوله (خلافاً لزفر) يعني أنه يقول عليه دمان لكل إحرام دم كما في سائر المخطورات. ولنا (أن المستحق عليه عند الميقات إحرام واحد) ألا ترى أنه لو أحرم للعمرة عند الميقات ثم أحرم بالحج بعد ما جاوز الميقات كان جائزاً ولا شيء عليه مع أنه قارن أيضاً (وتأخير واجب واحد لا يجب إلا جزء واحد :) عليمنا جزاء واحد لأن من أصله أن الاعتبار واحد (فعلى كل واحد منهما جزاء كامل) وقال الشافعي رحمه الله : عليمنا جزاء واحد لأن من أصله أن الاعتبار للمحل ، وعن هذا قال الدال الذي لم يتصل فعله بالحل لا يلزمه شيء ، والحل ههنا واحد فلا يلزمه إلا جزء واحد ، وقاس بصيد الحرم وحقوق العباد ، ولنا أن كل واحد منهما بالشركة يصير جناية جناية فتوق الدلالة

بالشركة يصير جانيا جناية تفوق الدلالة فيتعذر الجزاء بتعدد الجناية (وإذا اشترك حلالان في قتل صيد الحرم فعليهما جزاء واحد) لأن الضمان يبدل عن المحل لاجزاء عن الجناية فيتعذر بالتحاد المحل ، كرجلين قتلار جلا خطأ نجب عليهما دية واحدة ، وعلى كل واحد منهما كفارة (وإذا باع المحرم الصيد أو ابتاعه فالباع باطل) لأن بيعه حيا تعرض للصيد الآمن وبيعه بعد ما قتله بيع ميتة

فارجع إليه ، ولو اشترك محرمون ومحلون في قتل صيد الحرم وجب جزاء واحد يقسم على عددهم ، ويجب على كل محرم مع ما خصه من ذلك جزاء كامل ، وإن كان معهم من لا يجب عليه كصبي وكافر يجب على الحلال بقدر ما يخصه من القسمة لو قسمت على الكل . واعلم أن قتل الحلالين صيد الحرم إن كان بضربة فلا شك في لزوم كل نصف الجزاء ، أما إذا كان كل منهما بضربة فإنه يجب على كل منهما ما نقصته ضربه ، ثم يجب على كل نصف قيمته مشروبا بضربتين لأن عند اتحاد فعلهما جميع الصيد صار متلفا بفعلهما فضمن كل منهما نصف الجزاء ، وعند الاختلاف الجزاء الذي تلف بضربة كل هو المخصص بإتلافه فعليه جزاؤه والباقي متلف بفعلهما فعليهما ضمانه ، كذا في المبسوط (قوله فالباع باطل) لاشك في حقيقة البطلان إن باعه بعد الذبح لأنه ميتة ، وأما إذا كان حيا فلا شك فيه إذا كان هو المشتري لأنه محرم العين في حقه لقوله تعالى - وحرّم عليكم صيد البر ما دمتم حرما - أضاف التحريم إلى العين فيكون ساقط التقوم في حقه كالتحرر ، وهذا هو النهي الذي أراد المصنف بقوله لأنه منهي التعرض وإطلاق اسم النهي على التحريم إطلاقا اسم السبب على المجهول ، وأنت علمت أن إضافة التحريم إلى العين تنفيذ منع سائر الانتفاعات والكل مندرج في مطلق التعرض . وحاصله إخراج العين عن الحماية لسائر التصرفات فيكون تعاقب تصرف ما بها عبثا فيكون قبضا لعينه فيبطل ، وما ذكر من أنه إذا هلك بعد البيع في يد المشتري فعليهما جزاءان لأنهما جانيا عليه صحيح إذا كان المتبايعان محرمين ، فإن كان البائع حلالا خص المشتري وقوله ويقسم (١) أيضا المشتري للبائع لفساد البيع ، قال : وعلى هذا إذا وهب محرم صيدا من محرم فهلك عنده يجب عليه جزاءان ضمانه لصاحبه لفساد الهبة وجزاء آخر حقا لله تعالى عليه ما إذا كان البائع والواهب حلالين . أما البيع فظاهر كدبي باع خرا من مسلم فهلكت عنده يضمها له ، فإن قامت بيته على أنه أخذ هذا الصيد محررا فباعه يجب أن لا يضم له لأنه لم يملكه بهذا الأخذ فلا يجب الضمان ، بخلاف ما إذا أخذه حلالا ثم

أما أنه يصير جانيا فلأن الفعل الذي لا يقبل التجزئة إذا صدر من فاعلين يضاف إلى كل واحد منهما ككلاهما في القصاص وكفارة القتل ، وأما أنه جناية تفوق الدلالة فلا اتصاله بالمحل دونها ، وإذا كان كل واحد منهما جانيا تلك الجناية كانت الجناية متعددة وتعدّها يوجب تعدّد الجزاء لأحالة ، وقوله (وإذا اشترك حلالان في قتل صيد الحرم) وهو عكس المسئلة المتقدمة ظاهر مما تقدم غير مرة (وإذا باع المحرم الصيد أو ابتاعه فالباع باطل) قال المصنف (لأن بيعه حيا تعرض للصيد الآمن) والتعرض للصيد الآمن بالبائع باطل لخروجه عن محمية البيع بتحريم الشرع كخروجه عن محمية الذبح لذلك والبيع المضاعف إلى غير عمله باطل (وبيعه بعد ما قتله بيع ميتة)

أقول : استثناء منقطع ، لأن ذلك ليس بما ذكره بل يذكره . (قال المصنف : وإذا اشترك حلالان في قتل صيد الحرم فعليهما جزاء واحد) أقول : فإن قيل : فالفرق بين هذه المسئلة وما إذا أخرج جماعة من المحرمين صيدا واحدا من الحرم فإنه يجب على كل واحد منهم جزاء كامل

(١) (قول صاحب الفتح وقوله ويقسم) لم يضح من كلامه مرجع التفسير ، وكذا في قوله قال ، ولعل في العبارة سقطا فليحذفه
من خط العلامة البحراني سقطت آفته مضمومة .

(ومن أخرج ظبية من الحرم فولدت أولادا فأتت هي وأولادها فعليه جزاؤه من) لأن الصيد بعد الإخراج من الحرم يبقى مستحقا للأمن شرعا ولها وجب ردّه إلى مأمته ، وهذه صفة شرعية تقسرى إلى الولد (فإن أتى جزاءها ثم ولدت ليس عليه جزاء الولد) لأن بعد أداء الجزاء لم تبق أمانة لأن وصول الخلف كوصول الأصل ، والله أعلم .

أحرم فباعه . وأما الحبة فبعد أن يكون الواهب مالكا بالطريق الذى ذكرنا فيه نظر . ولو تباعا صيدا فى الحل ثم أحرم أو أحدهما ثم وجد المشتري به عيبا رجح بالنقصان وليس له الرد ، وقد قلنا أنه إذا أصاب الحرم صيدا كثيرة على قصد التحلل والرفض للإحرام فعليه جزاء واحد لثناؤه انقطاع الإحرام وإن أخطأ ، وإن لم يكن على وجه التحلل ورفض الإحرام فعليه لكل جزاء وعلى هذا سائر عظومات الإحرام (قوله ومن أخرج ظبية من الحرم) وهو حلال أو محرم (قوله وهذه) أى كونها مستحقة الأمن بالرد إلى المأمن (صفة شرعية) فالتأنيث هو باعتبار الخبر مثل قوله زيد هى هدية إليك ، ولا يصح على اعتبار اكتساب الكون التأنيث من المضاف إليه لأنه هنا ما لا يصح حذفه وإقامة المضاف إليه مقامه لفساد المعنى لأنه ضمير الظبية ، ولا يصح الظبية صفة شرعية ، بخلاف نحو شرقت صدر القناة من الدم ، والحاصل أن صفة استحقاق الأمن صفة شرعية كالرق والحرية تقسرى إلى الولد عند حدوثه كسائر الصفات الشرعية فيصير خطاب رد الولد مستمرا ، وإذا تعلق خطاب الرد كان الإمسك تعرضا له ممنوعا ، فإذا اتصل الموت به ثبت الضمان ، بخلاف ولد المصوب لأن سبب الضمان الغصب وهو إزالة اليد ولم توجد فى حق الولد ، حتى لو منع الولد بعد طلب المالك حتى مات ضمنه أيضا . قالوا : وهذا إذا لم يؤد ضمان الأم قبل الولادة ، فإن كان فعل لا يضمن الولد لأن الولد حيث لا يسرى إليه استحقاق الأمن بالرد إلى المأمن لا تنفاه هذه الصفة عن الأم قبل وجوده ، حتى لو ذبح الأم والأولاد حل لأنه صيد الحل ، ولكنه يكره ذكره فى الغاية ، وكل زيادة فى هذا الصيد كالسمن والشعر فضائه عند موته على التفصيل المذكور ، والذى يقتضيه النظر أن التكفير : أعنى أداء الجزاء إن كان حال القدرة على إعادة أمنا بالرد إلى المأمن لا يقع بذلك كفارة ولا يحل بعده التعرض لها ، بل حرمة التعرض لها قائمة وإن كان حال العجز عنه بأن هربت فى الحل عند ما أخرجها إليه خرج به عن عهدتها فلا يضمن ما يحدث بعد التكفير من أولادها إذا من ، وله أن يصطادها ، وهذا لأن التوجه قبل العجز عن تأمينها إنما هو خطاب الرد إلى المأمن ولا يزال متوجها ما كان قادرا لأن سقوط الأمن إنما هو بفعل المأمور به ما لم يعجز ولم يوجد ، فإذا عجز توجه خطاب الجزاء ، وقد صرح هو بأن الأخذ

وبيع الميتة باطل لعدم الحل : وقوله (ومن أخرج ظبية من الحرم) حلالا كان أو محرما (فولدت أولادا فأتت هى وأولادها فعليه جزاؤه من) لأن الصيد بعد الإخراج من الحرم يبقى مستحقا للأمن شرعا) يعنى أن الصيد بعد الإخراج من الحرم متصف بصفة شرعية وهى بقاء استحقاقه للأمن شرعا ، وكل ما اتصف بصفة شرعية تصفه تلك تقسرى إلى الأولاد . أما انتفاءه ببقاء الاستحقاق للأمن شرعا فلأن الرد إلى مأمته واجب . وأما أن كل ما انتصف بتلك الصفة تصفه تلك تقسرى إلى الأولاد فكما فى الحرية والرق والكتابة وغيرها ، ونوقض بولد المصوبة فلأنها

قلنا : إن ذلك جنابة على الإحرام كما مر (قال المصنف : ومن أخرج ظبية من الحرم) أقول : وق كتاب النصب بتفصيل يتعلق بهذه المسئلة . (قوله وكل ما انتصف بصفة شرعية صفة تلك تقسرى إلى الأولاد) أقول : قوله صفة تلك مبتدأ ، وقوله تقسرى إلى الأولاد مجرء ، والتفسير فى قوله صفة راجع إلى « ما » فى قوله وكل ما (قوله ونوقض بولد المصوبة فلأنها) أقول : التفسير فى قوله فلأنها راجع إلى المصوبة

(باب مجاوزة الوقت بغير إحرام)

ليس سببا للضمان بل القتل بالنص ، فالتكفير قبله واقع قبل السبب فلا يقع إلا قطلا ، فإذا ماتت بعد هذا الجزاء لزمه الجزاء لأنه الآن تعلق به خطاب الجزاء ، هذا الذي أدين به ، وأقول : يكره اصطباؤها إذا أدى الجزاء بعد الحرب ثم ظفر بها لشبهة كون دوام العجز شرط إجزاء الكفارة إلا إذا اصطباها ليردها إلى الحرم .

(فروع) غصب حلال صيد حلال ثم أحرم الفاصب والصيد في يده لزمه إرساله وضمان قيمته للمغصوب منه ، فلو لم يفعل بل دفعه للمغصوب منه حتى يرأ من الضمان له كان عليه الجزاء وقد أساء . وهذا لغز يقال غاصب يجب عليه عدم الرد بل إذا فعل يجب به الضمان ، فلو أحرم المغصوب منه ثم دفعه إليه فعل كل واحد منهما الجزاء إلا إن عطب قبل وصوله إلى يده . ولو كان المغصوب منه اصطباؤه وهو حلال وأدخله الحرم يضمن الفاصب له على قول أبي حنيفة خلافا لهما ، ويلزم الجزاء برى الحلال من الحرم صيدا في الحل كما يلزم في عكسه لقوله تعالى - لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم - يقال أحرم إذا دخل في أرض الحرم كاشأما إذا دخل في أرض الشام ، كما يقال أحرم إذا دخل في حرمة الشيء فيعمومه يفيد ، وكذا إرسال الكلب . وقد علمنا في أول فصل الجزاء أن الحلال إذا رمى صيدا في الحل فأصابه في الحرم بأن حرب إلى الحرم فأصابه السهم فيه أن عليه الجزاء ، والذي صرح به في المبسوط أنه لا يلزمه جزاء ولكن لا يحل تناوله لأنه في الرمي غير مرتكب للنهي . قال : وهذه المسئلة هي المستثناة من أصل أبي حنيفة ، فإن عنده المعتبر حالة الرمي إلا في هذه المسئلة خاصة فإنه اعتبر في التناول حالة الإصابة احتياطا لأن الحل بالكافة يحصل ، وإنما يكون ذلك عند الإصابة ، فإذا كان عندها الصيد صيد الحرم لم يحل ، وعلى هذا إرسال الكلب ، والله أعلم .

(باب مجاوزة الوقت بغير إحرام)

فصله عن الجنائيات وأخره ، لأن المتبادر من اسم الجنائيات في كتاب الحج ما يقع جنائية على الإحرام وهي واجبة الرد إلى مالكها ، وهذه صفة شرعية ولم تسر إلى ولدها ، فإن زوائد المغصوب غير مضمونة ، والجواب أن الصفة الشرعية تسرى إلى الأولاد إذا لم يكن مانع ، وصفة المغصوبة تمنع عن ذلك لأنها ليست بصفة شرعية ، ولأن تصورها لا يتحقق في الأولاد لأن الغصب إزالة اليد المحقة ، وهي في الأولاد لا تتحقق لعدم ثبوت يد عليها تزال بالغصب ، والله أعلم .

(باب مجاوزة الوقت بغير إحرام)

قال صاحب النهاية رحمه الله : لما ذكر باب الجنائيات وأنواعها أعقبه ذكر باب مجاوزة الوقت بغير إحرام لأن هذا من الجنائيات أيضا ، إلا أن ههنا قبل الإحرام ، وما ذكره من باب الجنائيات وما يتبعه بعد الإحرام ، ومطلق

(قوله وهذه صفة شرعية ولم تسر إلى ولدها) أقول : لأنتم ذلك فإن ولدها واجب الرد أيضا ، ولما لو منع طلب المالك ضمن ، وكذا إذا تمت فيه ، والتفصيل في كتاب الغصب (قوله فإن زوائد المغصوب غير مضمونة) أقول : لا يدل على عدم السراية (قوله لأنها ليست بصفة شرعية) أقول : أنت غير باله إنما يمنع سرية المغصوبة لاسريان وجوب الرد ، ولا يمكن أن يقال : خلاصة الجواب منع وجوب كل صفة شرعية مستندا لجواز أن يمنع منه مانع فيقول ما ذكرتم إلى الكلام على المسئلة لا يحل على المتأمل (قوله ولأن تصورها لا يتحقق الخ) أقول : علم تصور المغصوبة لا يستلزم علم تصور وجوب الرد إلى المالك وفيه الكلام ، ثم أعلم أن قوله ولأن تصورها مطوف على قوله لأنها ليست بصفة شرعية .

(باب مجاوزة الوقت بغير إحرام)

أقول : أصصل الوقت بمعنى مكان الإحرام مجاز .

(وإذا أتى الكوفى بستان بنى عامر فأحرم بعمرة ، فإن رجع إلى ذات عرق ولي بطل عنه دم الوقت ، وإن رجع إليه ولم يلبّ حتى دخل مكة وطاف لعمرة ففعله دم) وهذا عند أبي حنيفة ، وقالوا : إن رجع إليه محرما فليس عليه شيء لئى أولم يلب . وقال زفر : لا يسقط لى أولم يلب لأن جنابه لم ترتفع بالعود وصار كما إذا أفاض من عرفات ثم عاد إليه بعد الغروب ، ولنا أنه تدارك التروك فى أوأانه وذلك قبل الشروع فى الأفعال فيسقط الدم ، بخلاف الإفاضة لأنه لم يتدارك التروك على ما مر ، غير أن التدارك عندهما يعود محرما لأنه أظهر حق الميقات كما

ما تكون مسبقة به ، وهذه الجنابة قبله ولا تبادر أيضا . ثم تحقيق ما تقع عليه هذه الجنابة أمران : البيت ، والإحرام لا الميقات ، فإنه لم يجب الإحرام منه إلا لتعظيم غيره . فالجاصل أنه أوجب تعظيم البيت بالإحرام من المكان الذى عينه ، فإذا لم يحرم منه كان محلا لتعظيمه على الوجه الذى أوجبه فيكون جنابة على البيت وتقضا فى الإحرام ، لأنه لما وجب عليه أن ينشئه من المكان الأقصى فلم يفعل فقد أوجده ناقصا (قوله فإن رجع إلى ذات عرق) ليس بقيد بل بناء على الظاهر من أنه إذا تدارك بالرجوع وإنما يرجع إلى ميقاته الذى جاوزه ، ولأظاهر الرواية أنه لا فرق بين أن يرجع إلى ميقاته أو إلى ميقات آخر من مواقيت الأفاقيين . وعن أبي يوسف : إن كان الذى رجع إليه عاذيا لميقاته أو أبعد منه فكيفياته ، وإلا لم يسقط الدم بالرجوع إليه ، والصحيح ظاهر الرواية لما قلناه أن كلا من المواقيت ميقات لأهله ولغير أهله بالنص مطلقا بلا اعتبار المحاذاة . والحاصل أن الأفاقي إذا وصل إلى ميقات من مواقيت الأفاقيين فلما أن يكون بعد ميقات آخر فى طريقه أو لا ، فإن كان جازله لم يجاوزته إلى الميقات الأخير ، وإن لم يكن وجب عليه الإحرام منه كالميقات الأخير ، فإن لم يحرم حتى جاوزه ، فإن عاد قبل استلام الحجر إلى الميقات فلهي عنده سقط عنه دم المحاوزة اتفاقا ، وإن لم يلب لا يسقط عند أبي حنيفة ، وعندهما يسقط وإن لم يلبّ ، وعند زفر لا يسقط وإن لى فيه (قوله بخلاف الإفاضة فإنه لم يتدارك التروك) لأن الواجب عليه

ذكر جنابة الحرم يتناول ما بعد الإحرام فكان كاملا فى استحقاق اسم الجنابة فلذلك قلناه على هذا الباب : فإن قيل : كان الواجب أن لا يجب على من جاوز الميقات بغير إحرام شيء لأن المحرم للأشياء الموجبة للكفارة هو الإحرام والإحرام غير موجود فى ذلك الوقت . فالجواب أن من جاوز الميقات بغير إحرام ارتكب المنهى عنه وتمكن به فى حجه نقصان ، ونقصانه يغير بالدم إلا إذا تدارك ذلك فى أوأانه بالرجوع إلى الميقات ملييا قبل أن يطوف (وإذا أتى الكوفى بستان بنى عامر فأحرم بعمرة ، فإن رجع إلى ذات عرق ولي بطل عنه دم الوقت) وتخصيصه بلبات عرق بناء على ظاهر حال الكوفى وإلا فالرجوع إليه وإلى غيره من المواقيت سواء فى ظاهر الرواية . وعن أبي يوسف أنه قال : ينظر إن عاد إلى ميقات ، وذلك الميقات يحاذى الميقات الأول أو أبعد إلى الحرم سقط عنه الدم وإلا فلا (وإن رجع إليه لكن لم يلبّ حتى دخل مكة وطاف لعمرة ففعله دم عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقالوا : إن رجع محرما فلا شيء عليه لى أولم يلبّ . وقال زفر رحمه الله : لا يسقط لى أولم يلبّ لأن جنابه لم ترتفع بالعود) لأن حق الميقات إنشاء الإحرام ، والراجع إليه ليس بمنشئ (وصار كما إذا أفاض من عرفات ثم عاد إليه بعد الغروب ، ولنا أنه تدارك التروك فى وقت وذلك قبل الشروع فى الأفعال) وتدارك التروك فى أوأانه يسقط الكفارة (بخلاف الإفاضة لأنه لم يتدارك التروك) لأن التروك هناك استدامة الوقوف لى غروب الشمس ، وبالعود لم يحصل ذلك على ما مر ، وبهذا الكلام تم الحجة على زفر وبقى الكلام بينهم فى أن التدارك هل يحصل بمجرد العود أو مع التلبية (عندهما يعود محرما لأنه أظهر حق الميقات) وهو المردود به محرما فإنه إذا أحرم (قوله بناء على ظاهر حال الكوفى) أقول : من أنه إذا تدارك بالرجوع فإنه يرجع إلى ميقاته الذى جاوزه .

إذا مر به محرماً ما كنا . وعنده رحمه الله بعوده محرماً ملياً لأن العزيمة في الإحرام من دويره أهله ، فإذا ترخص بالتأخير إلى الميقات وجب عليه قضاء حقه بإنشاء التلبية فكان التلافي بعوده ملياً ، وعلى هذا الخلاف إذا أحرم بحجة بعد المجاوزة مكان العمرة في جميع ما ذكرنا ، ولو عاد بعد ما ابتدأ بالطواف واستلم الحجر لا يسقط عنه الدم بالاتفاق . ولو عاد إليه قبل الإحرام يسقط بالاتفاق (وهذا) الذي ذكرنا (إذا كان يريد الحج أو العمرة ،

إذا وقف نهاراً إما الكون بها وقت الغروب أو مدة إلى الغروب على حسب اختلافهم على ما قدمناه . وبالعود بعد الغروب لم يتدارك واحداً منهما ، أما ما نحن فيه فالواجب التعظيم بالكون محرماً في الميقات ليقطع المسافة التي بينه وبين مكة متصفاً بصفة الإحرام ، وهذا حاصل بالرجوع محرماً إليه . وعلى هذا الوجه لا يجب التلبية فيه ، إلا أن أباحنيقة أئرم لسقوط الدم التلبية تحصيلاً للصورة بالقدر الممكن ، وفي صورة إنشاء الإحرام لابد من التلبية أو ما يقوم مقامها ، وكذا إذا أراد أن يجبره ، بخلاف ما إذا رجع محرماً حتى جاوز الميقات فلي ثم رجع ومر به ولم يلب يجوز لأنه فوق الواجب عليه في تعظيم البيت (قوله ولو عاد بعد ما ابتدأ بالطواف) ولو شوطاً (لا يسقط بالاتفاق) لأن السقوط بالرجوع باعتبار مبتدأ الإحرام عند الميقات ، وهذا الاعتبار بعد الشروع في الأفعال يستلزم اعتبار بطلان ما وجد منه من الطواف ، ولا سبيل إليه بعد وقوعه معتداً به فكان اعتباراً ملزوماً للفاقد وملزوماً للفاقد فاسد ، وكذا إذا لم يعد حتى شرع في الوقوف بعرفة من غير أن يطوف لما ذكرناه بعينه (قوله وهذا إذا أراد الحج أو العمرة) يوم ظهر أنه ما ذكرنا من أنه إذا جاوز غير محرم وجب الدم إلا أن يتلافاه عمله ما إذا كان الكوفي قاصداً للنسك ، فإن لم يقصده بل قصد التجارة أو السياحة لأشئ عليه بعد الإحرام وليس كذلك ،

من دويره أهله ومر به ما كنا صرح (وعنده بعوده محرماً ملياً لأن العزيمة أن يحرم من دويره أهله) فإذا أحرم منها صارت موضع إحرامه فتشترط التلبية هناك ، فإذا لم يثمة ثم سكنت عند المرور بالمقات لأشئ عليه ، وليس الكلام فيه وإنما الكلام فيما إذا ترخص بالتأخير إلى الميقات فإنه يجب قضاء حقه بإنشاء التلبية والإحرام ، فإذا ترك ذلك بالمجاوزة حتى أحرم وراء الميقات ثم عاد ، فإن لم يبق قد أتى بجميع ما هو المستحق عليه فيسقط عنه الدم ، وإن لم يلب فلم يأت بجميع ما استحق عليه ، والخلاف في إحرام الحج بعد المجاوزة كاختلاف في إحرام العمرة في جميع ما ذكرنا ، وقوله (ولو عاد بعد ما ابتدأ الطواف) متصل بقوله وإن رجع إليه ولم يلب حتى دخل مكة وطاف لعمرة ، وحاصله أن مسئلة العود على ثلاثة أوجه : في وجه لا يسقط بالعود بالاتفاق . وفي وجه يسقط به بالاتفاق ، وفي وجه على الاختلاف الذي ذكرناه . وبيانه أن من دخل مكة يريد الحج أو العمرة لا يجوز له أن يتجاوز الميقات بغير إحرام ، فإن جاوز فإما أن يعود إليه أولاً ، فإن لم يعد وجب عليه الدم ، وإن عاد ، فلما أن يعود قبل الإحرام أو بعده ، فإن عاد قبله سقط الدم بالاتفاق لأنه أنشأ التلبية الواجبة عند ابتداء الإحرام ، وإن عاد بعده فلما أن يعود بعد ما ابتدأ الطواف واستلم الحجر أو قبله ، فإن عاد بعده لا يسقط الدم بالاتفاق لأنه لما طاف واستلم الحجر وقع شوطاً معتداً به ، وذلك يتناقض إسقاط الدم عنه لأن الإسقاط إنما هو باعتبار أنه مبتدئ من الميقات تقديراً وبعد ما وقع منه شوط معتد به لا يتصور كونه مبتدئاً ، وظهر لك مما ذكرنا أن قوله واستلم الحجر لبيان أن المعتبر في ذلك الشوط وإن عاد قبله فعلى الاختلاف المذكور .

(قوله وظهر لك ما ذكرنا أن قوله واستلم الحجر لبيان أن المعتبر في ذلك الشوط) أقول : فيه بحث ، إذ الاستلام يكون أيضاً قبل الابتداء بالطواف فلا دلالة الوارد على الترتيب . نعم لو كانت العبارة فاستلم لكان لما ذكره وجه .

فإن دخل البستان لحاجة فله أن يدخل مكة بغير إحرام ووقته البستان وهو وصاحب المنزل سواء لأن البستان غير واجب التعظيم فلا يلزمه الإحرام بقصده ، وإذا دخله التحق بأهله ، وللبستاني أن يدخل مكة بغير إحرام للحاجة فكل ذلك له. والمراد بقوله ووقته البستان جميع الحل الذي بينه وبين الحرم وقد مر من قبل ، فكلما وقت الداخل الملتحق به (فإن أحرم من الحل ووقفا بعرفة لم يكن عليهما شيء) يريد به البستاني والداخل فيه لأتباعهما أحراما من ميقاتها (ومن دخل مكة بغير إحرام ثم خرج من عامه ذلك إلى الوقت وأحرم بحجة عليه أجزأه) ذلك (من دخوله مكة بغير

بل يجب أن يحمل على أنه إنما ذكره بناء على أن الغالب في قاصدي مكة من الأفاقيين قصد النسك ، فالمراد بقوله إذا أراد الحج أو العمرة : إذا أراد مكة ، وذلك أنه إنما يريد بيان أن ما ذكره من لزوم الإحرام من الميقات إنما هو على من قصد مكة ، أما من قصد مكانا آخر من الحل داخل الميقات فلا يجب عليه الإحرام منه لتعظيم مكة لأن الإحرام منه لتعظيم مكة لا لتعظيم ذلك المكان ولا نفس الميقات ، ولذا قابل قوله وهذا إذا أراد الحج بقوله فإن دخل البستان لحاجة الخ ، ثم موجب هذا الحمل أن جميع الكتب ناطقة بلزوم الإحرام على من قصد مكة سواء قصد النسك أولا ، ويطول تفصيل المتفولات في ذلك ، وقد صرح به المصنف في فصل المواقيت حيث قال ثم الآفاق إذا انتهى إليها على قصد دخول مكة فعليه أن يحرم سواء قصد الحج أو العمرة أو لم يقصد عندنا لقوله عليه الصلاة والسلام : لا يجوز أحد الميقات لا حرما ، ولأن وجوب الإحرام لتعظيم هذه البقعة الشريفة فيستوى فيه التاجر والمعتز وغيرهما ، ولا أصرح من هذا شيء بل ينبغي أن يعلم قصد الحرم في كونه موجبا للإحرام كقصد مكة (قوله فإن دخل البستان الخ) اعلم أن عند أبي يوسف أنه إنما يجوز له المجاوزة بغير إحرام إذا كان على قصد أن يقيم بالبستان خمسة عشر يوما ، وإلا لم يجز بغير إحرام لأنه يبقى على حكم السفر الأول ولذا يقصر الصلاة ، والأول أوجه للمتأمل (قوله ومن دخل مكة بغير إحرام ثم خرج من عامه) حاصل الأحكام الكائنة هنا أربعة : أحدها أنه لا يجوز للأفاقي دخول مكة بغير إحرام . ثانيها أن من دخلها بلا إحرام يجب عليه إما حجة أو عمرة . قال في البدائع ، فإن أقام بمكة حتى تحولت السنة ثم أحرم يريد قضاء ماوجب عليه بدخول مكة بغير إحرام أجزأه في ذلك ميقات أهل مكة في الحج بالحرم وفي العمرة بالحل ، لأنه لما أقام بمكة صار في حكم أهلها فيجزيه إحرامه من ميقاتهم اه . وتعليله يقتضي أن لا حاجة إلى تغييره بتحويل السنة . ثالثها أنه إذا خرج من عامه ذلك إلى الميقات وحج خجعة الإسلام سقط ما وجب عليه بدخول مكة بلا إحرام . رابعها أنه إذا خرج بعد مضي تلك السنة لا يسقط ، وقول المصنف بحجة عليه أهم من كونها منثورة أو حجة الإسلام ، وكلما إذا أحرم بعمرة منثورة وقوله أجزأه من دخول مكة بغير إحرام : يعني من آخر دخول دخله بغير إحرام ، فإنه لو دخلها مرارا بغير إحرام وجب عليه لكل مرة حجة أو عمرة ، فإذا خرج فأحرم بنفسك أجزأه عن دخوله الأخير لاعما قبله ، ذكره في شرح الطحاوي قال : لأن الواجب قبل الأخير صار ديناً في ذمته فلا يسقط إلا بالتعيين بالنية . وفي الميسر : إذا كخل مكة بلا إحرام فوجب عليه حجة أو عمرة فأهل به بعد سنة من وقت غير وقته هو أقرب منه ، قال :

وقوله (فإن دخل البستان) ظاهر . وقوله (التحق بأهله) يعني سواء نوى مدة الإقامة أو لم ينو في ظاهر الرواية ، وعن أبي يوسف أنه شرط نية الإقامة خمسة عشر يوما . وقوله (وقد مر من قبل) أراد به ما ذكره في فصل المواقيت بقوله ومن كان داخل الميقات فوقته الحل معناه جميع الحل الذي بين المواقيت وبين الحرم . وقوله (ومن دخل مكة بغير إحرام) معناه من دخل مكة بغير إحرام فلزمه حجة أو عمرة (ثم خرج من عامه ذلك) وحج حجة الإسلام أو عمرة أو حجة أو عمرة فلزمها تنوب عما وجب عليه بدخوله

(إحرام) وقال زفر رحمه الله : لا يميزه ، وهو القياس اعتبارا بما لزمه بسبب النذر ، وصار كما إذا تحولت السنة ، ولنا أنه تلافى المتروك في وقته لأن الواجب عليه تعظيم هذه البقعة بالإحرام ، كما إذا أتاه محرما بحجة الإسلام في الابتداء ، بخلاف ما إذا تحولت السنة لأنه صار ديناً في ذمته فلا يتأدى إلا بإحرام مقصود كما في الاعتكاف المنثور فإنه يتأدى بصوم رمضان من هذه السنة دون العام الثاني (ومن جاوز الوقت فأجرم بعمرة وأفسدها مضى فيها

يميزه ذلك ولا شيء عليه ، لأنه في السنة الأولى لو أهل منه أجزأه عما يلزمه من دخولها (قوله اعتبارا بما لزمه بالنذر) أي اعتبارا لما لزمه بالدخول بغير إحرام بما لزمه بالنذر ، وفي المنثور لا يخرج عن عهده إلا أن يتوبه عنه ، فكلاهما بالدخول (ولنا) وهو وجه الاستحسان (أنه تلافى المتروك في وقته النذر) معنى هذا الكلام أن الواجب عليه أن يكون محرماً عند قصد دخول مكة من الميقات تعظيماً للبقعة لا للذات دخول مكة من حيث هو دخولها ، فإذا لم يفعل ودخل هو بلا إحرام وجب عليه قضاء حقه الذي لم يقعله ، وذلك بأن يدخلها على ذلك الوجه الذي فوته ، فإذا خرج إلى الميقات فأحرم بحجة عليه وقدم مكة فقد فعل ما تركه ، وذلك لأن وجوب أحد التمسكين فيها إذا دخلها بلا إحرام ليس إلا لوجوب الإحرام ، إلا أنه لما كان الإحرام لا يتحقق إلا بأحدهما قلنا ونجب عليه أحدهما ، فإذا خرج إلى الميقات فأحرم بما عليه فقد فعل ما كان واجبا عليه بالدخول وهو الإحرام في ضمن ما وجب عليه بسبب آخر ، وصار كما إذا أتاه محرماً ابتداء بما عليه من حجة الإسلام من الميقات لم يلزمه شيء آخر لحصول المقصود في ضمن ما عليه ، بخلاف ما إذا تحولت السنة ، فإنه لما لم يقض حقه في تلك صارت بقوته ديناً عليه قضاء بقوته مقصوداً محتاجاً إلى التنية ، كما إذا نذر أن يعتكف هذا الـرمضان فاعتكف فيه جاز ، وإن لم يعتكفه لا يجوز أن يعتكفه في رمضان الآتي لأنه لما فاتته المنثور المعلن بقرار اعتكافه في اللمة ديناً فلا يتأدى

مكة بغير إحرام. وقال زفر : لا يميزه وهو القياس اعتباراً بما لزمه بسبب النذر (فإنه إذا كان عليه حجة وجبت بالنذر وجب حجة الإسلام فإنه لا يقطع بها المنثورة كذلك هنا ، والجامع أن كل واحدة منهما واجبة بسبب غير سبب الأخرى ، فإن ما وجب عليه بالدخول بمنزلة ما يجب عليه بالنذر في أن الشروع ملزم كالنذر ، فكما لا يتأدى المنثورة بحجة الإسلام فكما لا يشروع فيها (وصار) ذلك (كما إذا تحولت السنة) ثم حج حجة الإسلام فإنه لا يقوم مقام ما لزمه بدخوله مكة بخلاف (ولنا) وهو وجه الاستحسان (أنه تلافى المتروك في وقته) وهو السنة التي دخل فيها مكة (لأن الواجب عليه تعظيم هذه البقعة بالإحرام) لا غير على أي وجه كان وقد خصل ذلك (كما إذا أتاه محرماً بحجة الإسلام في الابتداء) فإنه يميزه عن حجة الإسلام التي نوى وعما لزمه بدخوله مكة (بخلاف ما إذا تحولت السنة لأنه صار ديناً في ذمته) بعض وقت الحج (فلا يتأدى إلا بإحرام مقصود كما في الاعتكاف المنثور فإنه يتأدى بصوم رمضان من سنة نذر فيها دون العام الثاني) فإن قيل : سلمنا أن الحجة يتحول السنة تصير ديناً ، ولكن لانسلم أن العمرة تصير ديناً لعدم توقيتها بوقت معين ، فينبغي أن تسقط العمرة الواجبة بدخوله مكة بغير إحرام بالعمرة المنثورة في السنة الثانية كما تسقط بها في السنة الأولى . أجب بأن تأخير العمرة إلى أيام النحر والتشريق مكروه ، فإذا أخرها إلى وقت مكروه صار كالمفوت لما فضاوت ديناً . قال (ومن جاوز الميقات) بغير إحرام ، ذكر في هذه المسئلة ثلاثة أحكام : المضى فيها ، وقضاؤها بإحرام من الميقات ، وسقوط الدم . أما المضى فلأن الإحرام عقد لازم لا يخرج المرء عنه بعد الشروع فيه إلا بأداء الأفعال. وأما القضاء

وقضاها) لأن الإحرام يقع لازماً فصار كما إذا أفسد الحج (وليس عليه دم ترك الوقت) وعلى قياس قول زفر رحمه الله لا يسقط عنه وهو نظير الاختلاف في فائت الحج إذا جاوز الوقت بغير إحرام وفيمن جاوز الوقت بغير إحرام وأحرم بالحج ثم أفسد حجه ، هو يعتبر المجاوزة هذه بغيرها من المحظورات . ولنا أنه يصير قاضيا حتى الميقات بالإحرام منه في القضاء ، وهو يحكي الفائت ولا يتقدم به غيره من المحظورات فوضوح الفرق (وإذا خرج المكي يريد الحج فأحرم ولم يعد إلى الحرم ووقف بعرفة فعليه شاة) لأن وقته الحرم وقد جاوز بغير إحرام ، فإن عاد إلى الحرم ولبي أو لم يلب ففهر على الاختلاف الذي ذكرناه في الآفاق (والمتمتع إذا فرغ من عمرته ثم خرج من

إلا بصوم مقصود لعود شرطه : أحنى الصوم إلى الكمال الأصل فلا يتأدى في ضمن صوم آخر . ولقائل أن يقول : لا فرق بين سنة المجاوزة وسنة أخرى ، فإن مقتضى الدليل إذا دخلها بلا إحرام ليس إلا وجوب الإحرام بأحد السكينة قطع ، ففى أى وقت فعل ذلك يقع أداءه لأن الدليل لم يوجب ذلك في سنة معينة ليصير بقواتها دينا يقضى ، فهما أحرم من الميقات بنفسك عليه تأدى هذا الواجب في ضمنه ، وعلى هذا إذا تكرر الدخول بلا إحرام منه ينبغي أن لا يحتاج إلى التمييز وإن كانت أسبابا متعددة الأشخاص دون النوع ، كما قلنا فيمن عليه صوم يومين من رمضان فصام يومين مجرد قضاء ما عليه ولم يبين الأول ولا غيره جاز ، وكلنا لو كانا من رمضان على الأصح ، فكلنا نقول إذا رجع مرارا فأحرم كل مرة بنفسك حتى أتى على عدد دخلاته خرج من عهدة ما عليه (قوله وليس عليه دم ترك الوقت) لأن المراد بقوله وقضاها كون القضاء بإحرام من الميقات ، وهذا نظير الاختلاف فيمن تجاوز الميقات بلا إحرام ثم أحرم بالحج ونضى ففاته فتحلل بممرة وقضاء من الميقات أو جاوز فأحرم بالحج فأفسده وقضاء من الميقات لادم عليه . (قوله هو يعتبر المجاوزة هذه بغيرها من المحظورات) كالطلب والحلق ، إذ لو تطيب أو حلق في إحرام نسك ثم أفسده وقضاء واجتنب المحظورات في القضاء لا يسقط عنه الدم فكلنا هذا (ولنا أنه يصير قاضيا حتى الميقات بالإحرام منه في القضاء وهو يحكي الفائت) فينجبر به ، وهذا لأن التقص حصل بترك الإحرام من الميقات ويصير قاضيا حقه بالقضاء ، بخلاف ما ذكر لأن الكف عن محظور إحرام فيه لا يتقدم به فعل محظور في آخر (قوله وإذا خرج المكي) يعنى إلى الحل (يريد الحج) لأنه لو خرج إلى الحل لحاجة فأحرم منه ووقف بعرفة فلا شئ عليه ، كالآفاق إذا جاوز الميقات قاصدا البستان ثم أحرم منه ، وهذا

فلازمه التزم الأداء على وجه الصبغة ولم يفعل . وأما سقوط الدم فلائذ إذا قضاها بإحرام من الميقات ينجبر به ما ينقص من حق الميقات بالمجاوزة من غير إحرام فسقط عنه الدم كمن سها في صلاته ثم أفسدها فقضاءه يسقط بهود السهو ، وقال زفر : لا يسقط عنه الدم ، وهذا الاختلاف نظير الاختلاف فيمن جاوز الميقات بغير إحرام ثم أحرم بالحج وفاته الحج ثم قضاها فلا يسقط عنه دم الوقت عندنا خلافا لزفر . ونظير الاختلاف فيمن جاوز الميقات بغير إحرام وأحرم بالحج ثم أفسده بالجماع قبل الوقوف بعرفة ثم قضاها فلا دم الوقت يسقط عنه عندنا خلافا لزفر ، قال : لأن الدم بمجاوزة الميقات صار واجبا عليه فلا يسقط بقوات الحج ، كما لو وجب عليه الدم بالتطيب أو لبس الخيط فلا يسقط عنه بقوات الحج (ولنا أنه يصير قاضيا حتى الميقات بالإحرام منه) أى من الميقات (في القضاء وهو) أى القضاء (يحكي الفائت) أى يفعل مثل فعل ما فات وهو الإحرام من الميقات ابتداء فيتعلم به المعنى الذى لأجله لزمه الدم وهو المجاوزة بغير إحرام بخلاف غيره من المحظورات فلائذ لا يتقدم بقوات الحج وقضاها ، وقوله (وإذا خرج المكي من الحرم للخ) ظاهر .

الحرم فأحرم ووقف بعرفة فعليه دم) لأنه لما دخل مكة وأتى بأفعال العمرة صار بمنزلة المكي ، وإحرام المكي من الحرم لما ذكرنا فيلزمه الدم بتأخيره عنه (فإن رجع إلى الحرم فأهل فيه قبل أن يقف بعرفة فلا شيء عليه) وهو على الخلاف الذي تقدم في الآفاق ، والله تعالى أعلم .

(باب إضافة الإحرام إلى الإحرام)

(قال أبو حنيفة رحمه الله : إذا أحرم المكي بعمرة وطاف لها شوطا ثم أحرم بالحج فإنه يرفض الحج ، وعليه لرفضه دم ، وعليه حجة وعمره) ،

وإذا أحرم المكي للعمرة من الحرم فعليه دم إن لم يعد إلى ميقاته على ما عرف (قوله لأنه لما دخل إلى مكة الخ) ظاهر مسألة ذكرت في المناسك أن بدخول أرض الحرم يصير له حكم أهل مكة في الميقات ، ونهى أن من جاوزه بغير إحرام فأحرم بحجة ثم أحرم من الحرم بعمرة لزمه دمان : دم ترك الميقات ، ودم ترك ميقات العمرة ، لأنه في حق من صار من أهل مكة الحل اهـ . ولم أر تنقيح مسئلة المتنتع بما إذا خرج على قصد الحج ، وينبغي أن يقيد به ، وأنه لو خرج لحاجة إلى الحل ثم أحرم بالحج منه لا يجب عليه شيء كالمكي . هذا وفي مجاوزة المرقوق مع مولاة بلا إحرام ثم أذن له مولاة فأحرم من مكة دم يؤخذ به بعد النحر ، وإن جاوزه صبي أو كافر فأسلم أو بلغ الصبي فلا شيء عليهما ، والله أعلم .

(باب إضافة الإحرام إلى الإحرام)

(قوله قال أبو حنيفة الخ) حاصل وجوه : ما إذا أحرم المكي بعمرة فأدخل عليها إحرام حجة ثلاثة : إما أن أن يدخله قبل أن يطوف فترفض عمرته اتفاقا ، ولو فعل هذا آفاق كان قارنا على ما أسلفناه في باب القرآن ، أو يدخله بعد أن يطوف أكثر الأشواط فترفض حجته اتفاقا ، ولو فعل هذا آفاق كان متمتا إن كان الطواف في أشهر الحج على ما قدمناه ، أو بعد أن طاف الأكل فهي الإطلاعية عنده يرفض الحج لما يلزم رفض العمرة من إبطال العمل . وعندهما العمرة لأنها أدنى حالا إذ ليس من جنسها فرض ، بخلاف الحج وأقل أعمالا وهو ظاهر وأيسر قضاء لعدم توقيها وقلة أعمالها ، ولو فعل هذا آفاق كان قارنا على ما استوفيناه في صدر باب القرآن ، وكل من رفض نسكا فعليه دم لما روى أبو حنيفة عن عبد الملك بن عمير عن عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله

(باب إضافة الإحرام إلى الإحرام)

إضافة الإحرام إلى الإحرام في حق المكي ومن بمناته جنابة ، وكذلك إضافة إحرام العمرة إلى إحرام الحج في حق الآفاق ، بخلاف إضافة إحرام الحج إلى إحرام العمرة ، فباعتبار معنى الجنابة ذكرهما عقيب الجنابات ، وباعتبار عدمه جملة في باب على حدة (قال أبو حنيفة رحمه الله : إذا أحرم المكي بعمرة وطاف لها شوطا ثم أحرم بالحج فإنه يرفض الحج وعليه لرفضه دم وعليه حجة وعمره) قيد بالمكي لأن الآفاق إذا أهل بالعمرة أولا وطاف لها شوطا ثم أهل بالحج معنى فيها ، ولا يرفض الحج لأن بناء أعمال الحج على أعمال العمرة صحيح في حق الآفاق ، إلا أنه لو طاف لها أقل الأشواط كان قارنا ، وإن طاف لها الأكثر كان متمتا لأن المتنتع من محرم بالحج بعد مجل

(باب إضافة الإحرام إلى الإحرام)

(قوله فباعتبار معنى الجنابة ذكرهما عقيب الجنابات وباعتبار عدمه جملة في باب على حدة) أقول : وأيضا ما ذكر في هذا الباب فصاعدا الإحرام ، وفي الباب السابق الخلو عنه فكان بينهما أحد المتأبلة ذكر عقيبه في باب على حدة ، ولعل هذا الوجه أولى .

(وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: رفض العمرة أحب إلينا وقضاؤها وعليه دم) لأنه لا بد من رفض أحدهما لأن الجمع بينهما في حق المكي غير مشروع ، والعمرة أولى بالرفض لأنها أدنى حالا وأقل أفعالا وأيسر قضاء لكونها غير موقفة، وكلنا إذا أحرم بالعمرة ثم بالحج ولم يأت بشيء من أفعال العمرة لما قلنا. فإن طاف للعمرة أربعة أشواط ثم أحرم بالحج رفض الحج بلا خلاف ، لأن الأكثر حكم الكل فتطرأ رفضها كما إذا فرغ منها ، ولا كذلك إذا طاف للعمرة أقل من ذلك عند أبي حنيفة رحمه الله .

عليه وسلم أمر لرفضها للعمرة بدم ، ولو مضى المكي عليهما ولم يرفض شيئا أجزأه لأنه أدى أفعالهما كما التزمهما ، غير أنه منهي عنه بقوله تعالى - ذلك لمن لم يكن أهله حاضري المسجد الحرام - يعني التمتع ، وقد قلنا أن القرآن داخل في مفهومه ، وسماه المصنف تهما باعتبار المعنى وهو عن فعل شرعي فلا يتبع تحقق الفعل على وجه المشروعية بأصله غير أنه يتحمل إثمه كصيام يوم النحر بعد أن يكون نحره ، ثم عليه دم لتحقق نقصان في نسكه بارتكاب المنهي عنه فيه فهو دم جبر فلا يتناول منه شيئا، أما إن كان المضى عليهما بعد أن أدخل الحج على العمرة قبل الطواف للعمرة أو بعد طواف الأقل فظاهر لأنه قارن ، وإن كان بعد فعل الأكثر في أشهر الحج فلكذلك لأنه متمتع . وليس لأهل مكة تمتع ولا قران ، فلو كان طواف الأكثر من للعمرة في غير أشهر الحج ففي الميسوط أن عليه الدم أيضا ، قال : لأنه أحرم بالحج قبل أن يفرغ من العمرة ، وليس للمكي أن يجمع بينهما ، فإذا صار جماعا من

العمرة ، ولأكثر الطواف حكم الكل ، والقارن من يجمع بينهما ، وقيد بالعمرة لأن المكي إذا أهل بالحج فطاف له شوطا ثم أهل بالعمرة فإنه يرفض العمرة لأن إحرامه للحج قد تأكد ، وقبل التأكد كان يؤمر برفضها فبعد أولى . وقيد بالشوط : يعني الواحد لأنه إذا طاف لما أربعة أشواط لاخلاف في رفض الحج ، وأما في الشوطين والثلاثة فقد صرح فخر الإسلام بوجود الخلاف الذي ذكر إذا طاف لما شوطا (وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : رفض العمرة أحب إلينا وقضاؤها وعليه دم لأنه لا بد من رفض أحدهما) بناء على ما تقدم من أن الجمع بين الحج والعمرة في حق المكي غير مشروع فلا بد من رفض أحدهما حلوا من الاستدانة على غير المشروع (والعمرة أولى بالرفض لأنها أدنى حالا) لكونه فرضا دونها (وأقل أفعالا) لأن أفعالها الطواف والسعي لاغير (وأيسر قضاء لكونها غير موقفة) هذا إذا كان الحج فرضا . وأما إذا كان تطوعا فيعمل بالوجهين الأخيرين . وقوله (وكلنا إذا أحرم) يعني رفض العمرة أحب لكن هذا بالاتفاق (لما قلنا) يعني من الأمور الثلاثة ، وفي عبارته تسامح لأنه عطف بقوله وكلنا المتفق عليه على المختلف فيه وهو ملبس بالعمالة . وقوله (فإن طاف للعمرة أربعة أشواط) ظاهر مما ذكر آتفا . وقوله (ولا كذلك إذا طاف للعمرة أقل من ذلك عندهما) اختلقت النسخ ههنا في بعضها عندهما وفي بعضها عند أبي حنيفة ، وفي بعضها : وكذلك إذا طاف للعمرة أقل من ذلك عند أبي حنيفة مجلف كلمة لا من قوله ولا كذلك ، قال صاحب النهاية رحمه الله : ذكر الإمام مولانا حسام الدين الإخشيك رحمه الله . والصواب وكذلك يعني النسخة الأخيرة قال : وهكذا أيضا وجدته بخط شيبني ، ولكل واحدة من هذه النسخ وجه ، أما وجه الأولى والثالثة فظاهر ، وأما وجه الثانية فهو أنه لدفع سؤال سائل وهو أن يقال : لما أخذ الأكثر حكم الكل يكون الأقل معلوما حكما ، فينبغي أن يرفض العمرة عند أبي حنيفة حيث أنه لم يأخذ حكم الموجود فصارت كأنه لم يطف

(قوله وأما إذا كان تطوعا فيعمل بالوجهين الأخيرين) أقول : فيه بحث : فإن ما من جنسه واجب أصل حالا ما ليس من جنسه واجب وقوله ولا كذلك إذا طاف للعمرة أقل من ذلك عندهما إلى قوله : وهذا هو أحد الوجهين (أقول : ويجوز أن تكون لازمة بقريضة السباق والسباق .

وله أن إحرام العمرة قد تأكد بأداء شيء من أعمالها وإحرام الحج لم يتأكد، ورفض غير المتأكد أيسر، ولأن في رفض العمرة والحالة هذه إبطال العمل . وفي رفض الحج امتناع عنه وعليه دم بالرفض أيهما رفضه لأنه تحلل قبل أو أنه لتعلم المضي فيه فكان في معنى المحصر إلا أن في رفض العمرة قضاءها لا غير، وفي رفض الحج قضاءه وعمره لأنه في معنى فائت الحج (وإن مضى عليهما أجزاء) لأنه أدى أفعالهما كما التزمهما، غير أنه منهي عنهما والتهى لا يمنع تحقق الفعل على ماعرف من أصلنا (وعليه دم بجمعه بينهما) لأنه تمكن التقصان في عمله لا تركاياه المنهي عنه ، وهذا في حق المكي دم جبر ، وفي حق الأنفاقي دم شكر (ومن أحرم بالحج ثم أحرم يوم النحر بحجة أخرى ،

وجه كان عليه الدم (قوله وله) أورد وجهين : الثاني منهما دافع لما يترحم مما أورده بعض الطلبة على الأول . وهو أنه لما كان الأكثر كالكل في اعتبار الشرع لزمه أن الأقل ليس له حكم الوجود في اعتباره بل حكم العلم ، وهذا لأنه ليس معنى الكل إلا نفس الشيء ، فلم اعتبار الأقل كالكل هو عدم اعتباره ذلك الشيء موجودا فيكون معتبرا علما ، فيلزم اعتبار هذا البعض علما إذا عبرة به إلا إذا كان في ضمن الكل إذا تصحح العبادة بالم

للعمره شيئا وهناك يرفض العمرة كما مر، فكذا في المعدوم الحكمي ، فقال ليس كذلك، لأنه لما أتى بشيء من أفعال العمرة فقد تأكدت العمرة ولم يتأكد الحج أصلا فكان رفع غير المتأكد أسهل، وهذا هو أحد الوجهين المذكورين في الكتاب من جانبه ، والوجه الآخر هو ما ذكره بقوله (ولأن في رفض العمرة والحالة هذه) يعني والحال أنه أتى بشيء من أفعال العمرة (لإبطال العمل) أي الطواف الذي أتى به (وفي رفض الحج امتناع عنه) والامتناع أهون من لإبطال ما وقع معتداً به . وقوله (وعليه دم بالرفض أيهما رفضه) يعني الحج عنده والعمرة عندها (لأنه تحلل قبل أو أنه لتعلم المضي فيه) بكون الجمع بينهما غير مشروع (فكان في معنى المحصر) وعلى المحصر دم للتحلل ويكون الدم دم جبر لادم شكر على ما يأتي . فإن قيل : هلا لزمه دمان حرمة كل واحد من الإحرامين دم ؟ أجب بأنه غير ممنوع عن أحدهما بالتقصان بحيثما تمكن وإنما تمكن في أحدهما فلذلك لزمه دم واحد (إلا أن في رفض العمرة قضاءها لا غير وفي رفض الحج قضاءه وعمره) أما الحج فلأنه صح شرعه فيه ثم رفضه ، وأما العمرة فلأنه في معنى فائت الحج وفائت الحج يتحلل بأفعال العمرة بالحديث ، وقد تعلم التحلل بأفعالها ههنا لأنه في العمرة والجمع بين العمريتين منهي فيجب عليه قضاء الحج والعمرة جميعا (وإن مضى عليهما) يعني إذا لم يرفض المكي ومن بعتا العمرة أو الحج ومضى عليهما وأداهما (أجزاء) لأنه أدى أفعالهما كما التزمهما غير أنه منهي عنهما أي عن إحرام الحج وإحرام العمرة جميعا . قال صاحب النهاية : وفي نسخة شيخنا بخطه منهي عنها أي عن العمرة إذ هي المتبعة للرفض لجماعها فإذا لم يشتغل بطواف العمرة والكلام فيه لأنها هي الداخلة في وقت الحج وبسببها وقع العصيان . وقوله (والتهى لا يمنع تحقق الفعل على ماعرف من أصلنا) أن التهى يقتضي المشروعية دون التقى في أصول الفقه قيل ذكر المصنف في أول المسئلة أن الجمع بينهما في حق المكي غير مشروع ، ثم ذكر ههنا أنه لا يمنع تحقق الفعل ، ومعناه كما قلنا أنه يقتضي المشروعية فكان التناقض في كلامه . وأجب بأنه أراد بقوله غير مشروع غير مشروع كاملا كما في حق الأنفاقي وبه يندفع التناقض . وقوله (وعليه دم) واضح . قال (ومن أحرم بالحج ثم أحرم يوم النحر بحجة أخرى) اعلم أن إضافة الإحرام إلى الإحرام أربعة أقسام بالقسمه العقلية : إدخال إحرام الحج على إحرام العمرة ، وإدخال إحرام الحج على إحرام الحج ، وإدخال إحرام العمرة على إحرام العمرة ، وإدخال إحرام الحج على إحرام الحج ، وقدم إدخال إحرام الحج على إحرام العمرة على الأقسام الباقية لكونه أدخل في كونه

فإن حلق في الأولى لزومه الأخرى ولا شيء عليه ، وإن لم يحلق في الأولى لزومه الأخرى وعليه دم قصر أو لم يقصر .
ثم فصار فعل البعض كعدم فعل شيء ، وإذا لم يفعل شيئاً ثم أحرم بالحج يرفض العمرة فكلما إذا فعل الأقل ،
وجوابه منع كون الأقل إذا لم يعتبر تمام الشيء فإنه يعتبر علماً لجواز أن لا يعتبر علماً ولا كالكل بل يعتبر بمجرد
وجوده عبادة منتهية مسببة للثواب بنفسه إن كان البعض يصلح عبادة بالاستقلال ، وبواسطة إتمامه إن لم يصلح مع
إيجاب الإتمام ، وحينئذ هذا البعض إن كان من الأول فلا إشكال ، وإن كان من الثاني فقد ثبت بمجرد وجوده
اعتباره وتعليق خطاب الإتمام به وهو قوله تعالى - ولا تبطلوا أعمالكم - وفي رفض العمرة بإطاله فوجب إتمامه .
ولنذكر تقسماً ضابطاً لقروح الباب ثم ننقل في كلام المصنف فنقول : الجمع إما بين إحرأى حجتين فصاعداً
كعشرين أو عمرتين كذلك أو حجة وعمرة . الأول إما أن يجمع بينهما معاً أو على التعاقب أو على التراخي ، فلما
بعد الحلق في الأول أو قبله ، وفي هذا إما أن يفوته الحج من عامه أولاً ، ففيها إذا أحرم بهما معاً أو على التعاقب
لزماه عند أبي حنيفة وأبي يوسف وجهها الله ، وعند محمد في المعية يلزمه إحداها ، وفي التعاقب الأولى فقط ،
وإذا لزماه عندهما ارتفعت إحداها بانفاقهما وبثبت حكم الرفض . واختلفا في وقت الرفض ، فعند أبي يوسف

جناية ولهذا لم يسقط عنه السهم . ولما فرغ من ذلك ذكر إدخال إحرام الحج على إحرام الحج مقدماً على غيره
لقوة حاله إذا كان أحدهما فرضاً ، ثم إدخال إحرام العمرة على إحرام العمرة لانفاقهما في الكيفية وكية الأفعال ،
والأصل في ذلك أن الجمع بين إحرأى الحج أو إحرأى العمرة بدعة ، لكن إذا جمع بينهما لزماه عند أبي حنيفة
وأبي يوسف . وعند محمد والشافعي يلزمه أحدهما ، ولا كلام ههنا مع الشافعي بناء على أن الإحرام عنده ركن فلا
يمكن الجمع بين الركنين ، وعندنا شرط للأداء ، لكن محمداً يقول : وهو وإن كان شرطاً للأداء إلا أنه ما شرع
إلا للأداء فلا يتحقق إلا على الوجه الذي يتصور فيه الأداء . وأداء حجتين أو عمرتين معاً غير متصور فلا يتصور
الإحرام لهما كالتحرمة في الصلاة ، وهما يقولان بالإحرام بالحج التزام محض في اللزمة بدليل أنه يصح منفصلاً
عن الأداء واللزمة تسع حججاً كثيرة فصار من هذا الوجه كالنذر بخلاف التحريم للصلاة لأنها لا تنصغ منفصلة
عن الأداء إلا أنه لا بد له من رفض أحدهما إما احترازاً عن ارتكاب المنهى عنه ، وإما لأن البقاء للأداء لا للالتزام
والجمع أداء غير متصور ، فبعد هذا قال أبو حنيفة : إذا توجه إلى أداء أحدهما صار رفضاً للأخرى . وقال
أبي يوسف : كما فرغ من الإحرامين يصير ورفض أحدهما . وفائدة الاختلاف تظهر فيها إذا قتل صبيلاً قبل أن
يتوجه إلى أحدهما ، فإنه على قول أبي حنيفة يلزمه قيمتان ، وعلى قول أبي يوسف يلزمه قيمة واحدة ، وكذلك
إذا أحصر في هذه الحالة يحتاج إلى مدين للتحلل عند أبي حنيفة بخلاف أبي يوسف . إذا عرفت هذا نعود إلى
تطبيق ما في الكتاب على هذا الأصل ، فإذا أحرم بالحج ثم أحرم يوم النحر بمحجة أخرى (فإن حلق في) المحبة
(الأولى) ثم أحرم يوم النحر بمحجة أخرى (لزومه الأخرى) لما ذكرنا أنه التزام محض (ولا شيء عليه) لأن
الأولى قد انتهت نهايتها (وإن لم يحلق في الأولى) وأحرم بمحجة أخرى صار جامعاً بين إحرأى الحج ، فبعد ذلك
إما أن يحلق في هذه السنة أو يؤخر الحلق إلى السنة الثانية ، فإن حلق فقد تحلل عن الأولى ، ولكن جنى على
الثانية بالحلق ، وإن أخر فقد أخر الحلق في الأولى عن وقته ، والتأخير عن الوقت مضمون في قول أبي حنيفة
ولهذا قال في الكتاب (وعليه دم قصر أو لم يقصر) أي حلق أو لم يحلق ، وإنما عبر عنه بالتقصير لأن وضع المسئلة

(قوله فبعد هذا قال أبو حنيفة رحمه الله : إذا توجه إلى أداء أحدهما صار رفضاً للأخرى) أقول : فيه بحث فإنه لا يصير بمجرد كونه إلى عمرات

عند أبي حنيفة رحمه الله (وقالا : إن لم يقصر فلا شيء عليه) لأن الجمع بين إحرام الحج أو إحرام العمرة بدعة ، فإذا حلق فهو وإن كان نسكا في الإحرام الأول فهو جناية على الثاني لأنه في غير أوانه قلزمه الدم بالإجماع ، وإن لم يخلق حتى حج في العام القابل فقد أضر الحلق عن وقته في الإحرام الأول وذلك يوجب الدم عند أبي حنيفة رحمه الله ، وعندهما لا يلزمه شيء على ما ذكرنا ، فلهذا سوى بين التقصير وعلمه عنده وشرط التقصير عندهما

عقوب صبر وrote محرما بلا مهلة . وعند أبي حنيفة : إذا شرع في الأعمال ، وقيل إذا توجه سائرا ، ونص في المبسوط على أنه ظاهر الرواية . وثمرة الخلاف تظهر فيما إذا جنى قبل الشروع فعليه دمان للجناية على إحرارمين ودم عند أبي يوسف رحمه الله لا رفاض إحداهما قبلها اهـ .

(ومن الفروع) لو جامع قبل أن يسير أو يشرع على الخلاف لزمه دمان للجماع ودم ثالث للرفض ، فإنه يرفض إحداهما ويمضي في الأخرى ويقضى إلى مضى فيها وحجة وعمرة مكان التي رفضها . ولو قتل صبيا فعليه قيمتان أو أحصر قدمان ، هذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى . وعند أبي يوسف دم سوى دم الرفض . وإذا تراضى فأدخل بعد الحلق في الأولى لزمته الثانية : ولا يلزم رفض شيء ولا دم عليه ثم يتم أفعال الأولى ويستمر محرما إلى قابل فيفعل الثانية ، وإن أحرم بها قبل الحلق ولا فوات لزمه ، ثم إن وقف يوم عرفة أو ليلة المزدلفة بالمزدلفة رفضها وعليه دم الرفض وحجة وعمرة مكانها ويمضي فيها هو فيها ، وهذا قولهما . أما عند محمد فأحرامه باطل ، وإنما يرفضها لأنه لو لم يرفضها ووقف لما كان مؤديا لحجتين في سنة واحدة ، وكلنا في ليلة المزدلفة لو لم يرفضها وعاد إلى عرفات فوقف يصير مؤديا لحجتين في سنة واحدة ، وإن كان بعد طلوع فجر النحر لم يرفض شيئا لأن وقت الوقوف قد فات فلا يكون باستدامة الإحرام مؤديا لحجتين في سنة فيتم أحمال الحجة الأولى ويقم حراما ، ثم إن حلق في الأولى لزمه دم الجناية على إحرام الثانية اتفاقا ، وإن لم يخلق بل استمر حتى حل من قابل لزمه دم لتأخير الحلق عنده خلافا لهما ، وهل يلزم دم آخر للجمع ؟ قيل فيه روايتان ، وقيل ليس إلا رواية الوجوب وهو الوجه ، وإن أحرم بالثانية بعد ما فاتته الحج وجب رفضها ودم وقضاؤها وقضاء عمرة ، لأن فاته الحج وإن تحلل بأفعال عمرة هو محرم بالحج فيصير جامعا بين إحرام حجتين فيرفض الثانية . وأما الثاني وهو بممرتين في المعية والتعاقب : أعني بلا فضل عمل ما في الحجتين والخلاف فيما يلزم ووقت الرفض إذا لزم ، وفيما إذا طاف للأولى شوطا رفض الثانية وعليه دم الرفض والقضاء ، وكلنا هذا ما لم يفرغ من السعي ، فإن كان فرغ منه إلا الحلق لم يرفض شيئا وعليه دم للجمع ، وهذه تؤيد رواية لزومه في الجمع بين الحجتين على الوجه الذي ذكرناه ، فإن حلق للأولى لزمه دم واحد للجناية على الثانية ، ولو كان جامع في الأولى قبل أن يطوف فأصلدهما ثم أدخل الثانية يرفضها

في قوله ومن أحرم بالحج ثم أحرم يتناول الذكر والأنثى ، فذكر أولا لفظ الحلق ثم لفظ التقصير لما أن الأفضل في حق الرجال الحلق ، وفي حق النساء التقصير (وقالا : إن لم يقصر فلا شيء عليه لأن الجمع بين إحرام الحج أو إحرام العمرة بدعة) إلى آخر ما ذكر في الكتاب وهو واضح بعد التأمل فيما سبق ، لكن يرد عليه شيء وهو أن المذكور من مذهب محمد في هذا الأصل أنه إذا جمع بين إحرارمين إنما يلزمه أحدهما وهو المروي عن الإمام

رافضا كما بينه المصنف ، إلا أن يقال : المراد بالوجه هو الشروع في الأفعال (قوله فذكر أولا لفظ الحلق ثم لفظ التقصير لما أن الأفضل في حق الرجل الحلق) أقول : لا يفهم من تلك العبارة حلا التفضيل ، والأول أن يقال : ذكر تارة لفظ الحلق

ومضى في الأولى حتى يتنها لأن الفاسد معتبر بالصحيح في وجوب الإتمام ، ولو كانت الأولى صحيحة كان عليه أن يمضي فيها ويرفض الثانية فكلا بعد فسادها ، وإن نوى رفض الأولى والعمل في الثانية لم يكن عليه إلا الأولى ، ومن أحرم ولا ينوي شيئا فطاف ثلاثة أو أقل ثم أحرم بعمره رفضها لأن الأولى تفيض عمرة حيث أخذ في الطواف لما أسلفناه ، فحين أهل بعمره أخرى صار جامعا بين عمرتين فلهذا يرفض الثانية . وأما الثالث وهو بحجة وعمرة ، فلما أن يجمع بينهما المكى ومن بمناء كأهل المواقيت ومن دونهم أو الآفاقي ، فإن كان الأولين ففي الكافي للحاكم أنه لا يقرون بينهما ولا يضيف العمرة إلى الحج ولا الحج إلى العمرة ، فإن قرن بينهما رفض العمرة ومضى في الحج ، وكذا أهل المواقيت ومن دونهم إلى مكة ، قال : وكذلك إن أحرم المكى أولا بالعمرة من وقتها ثم أحرم بالحج رفض عمرته ، فإن مضى عليهما حتى يقضيهما أجزاء وعليه لجمعه بينهما دم ، فإن طاف للعمرة شوط أو ثلاثة ثم أحرم بالحج رفض الحج في قول أبي حنيفة ، وقالا : يرفض العمرة وإن كان طاف أربعة أشواط ثم أهل بالحج قال : هذا يفرغ عما بقي من عمرته ويفرغ من حجته (١) وعليه دم لأنه أهل بالحج قبل أن يحل عن العمرة وهو مكى ولا ينبغي لأهل مكة أن يجمعوا بينهما ، ولو كان كوفيا لم يكن عليه هذا الدم اهـ ، ولفظه أظهر في عدم رفض الحج منه في الرفض ، وصرح بذلك صاحب الميسوط شمس الأئمة فقال : لا يرفض واحدا منهما لأن للأكثر حكم الكل ، فكانه أحرم به بعد التحلل من العمرة ، واختار صاحب الهداية وقوم أنه يرفض الحج إن تعذر رفض العمرة ، ولو كان المكى أهل أولا بالحج فطاف شوطا ثم أهل بالعمرة ورفض العمرة ، وإن لم يرفضها وطاف لما وصى وفرغ منها أجزاء وعليه دم لأنه أهل بها قبل أن يفرغ من حجته . وفي الكافي : إذا خرج المكى إلى الكوفة لحاجة فاعتمر فيها وحج من عامه لم يكن متمما ، وإن قرن من الكوفة كان قارنا ، ألا ترى أن كوفيا لو قرن وطاف لعمرته أو أشهر الحج ثم رجع إلى أهله ثم وافى الحج فحج كان قارنا ولم يبطل عنه دم القرآن لرجوعه إلى أهله كما يبطل عنه دم التمتع اهـ . وحاصله أن عدم الإتمام بالأهل شرط التمتع المشروع دون القرآن على ما أسلفنا نقله وقرره بالبحث في باب التمتع من أن النظر يقتضي اشتراط عدم الإتمام للقرآن كالتمتع ، وإن كان الثاني وهو الآفاقي ، فإن جمع بينهما أو أدخل إحرام الحج على إحرام العمرة قبل أن يطوف ما أربعة أشواط ، أو إن لم يطف شيئا فهو قارن وعليه دم شكر . وهل يشترط في كون الجامع على أحد هذه الوجوه قارنا أن يؤتى طواف عمرته أو أكثره أو أشهر الحج ؟ تقدم ما نقلناه من عدم اشتراط ذلك وتقدم معه ما أوردناه عليه . وإن أدخل فيه بعد أربعة ، فإن كان فعلها في أشهر الحج من غير إتمام صحيح على ما تقدم في باب التمتع فهو متمتع إن حج من عامه ، وإلا فهو مفرد بها . وإن أدخل إحرام العمرة على إحرام الحج ، فإن كان قبل أن يطوف شيئا من طواف التقديم فهو قارن مسمى وعليه دم شكر ، وإن كان بعد ما شرع فيه ولو قليلا فهو أكثر إساءة وعليه دم ، اختلف فيه ، فمنذ صاحب الهداية وفسر الإسلام أنه دم جبر فلا يأكل منه ، وعند شمس الأئمة دم

القرناتشي والموالد الظهيرية ، وحينئذ ينبغي أن لا يلزمه دم ، وإن قصر لعدم لزوم الآخر ، فلما أن يكون سهوا في نقل ملهـبـ محمد وملهـبـ كـهـهـبـهـما ، ولما أن يكون عتـه في ذلك روايتان

ونارة لفظ التخصير ليلابا محراز كل منهما (قوله فلما أن يكون سهوا في نقل ملهـبـ محمد رحمه الله) أقول : بأنه إذا جمع بينهما يلزمه أحدهما .

(١) (قوله ويفرغ من حجه) في بعض النسخ : ويرفض حجه ، وقائل وحرر ، كنه بمسحه

(ومن فرغ من عمرته إلا التقصير فأحرم بأخرى فعليه دم لإحرامه قبل الوقت) لأنه جمع بين إحراى العمرة وهذا مكروه فيلزمه الدم وهو دم جبر وكفارة (ومن أهل بالحج ثم أحرم بعمره لزماء) لأن الجمع بينهما مشروع في حق الأتاق والمثلة فيه فيصير بذلك قارنا لكنه أخطأ السنة فيصير ميسئا (ولو وقف بعرفات ولم يأت بأفعال العمرة فهو رافض لعمرته) لأنه تعلق عليه أدائها إذ هي مبنية على الحج غير مشروعة (فلان توجه إليها لم يكن رافضا حتى

شكر ، وقولهم رفض العمرة في هذه الصورة مستحب يؤنس به في أنه دم شكر ، وكذا إن أهل بالعمره بعرفة ، وإن أهل بها يوم النحر وجب رفضها إن كان قبل الحلق اتفاقا والدم والقضاء ، وإن كان بعده اختلف فيه ، والأصح وجوب الرقص ، ولو لم يرفض في الصورتين أجزأه ويجب عليه دم للمضى ، وكذا إذا أحرم بها بعد ما فاتته الحج قبل أن يتحلل بأفعال العمرة يجب رفض العمرة ، وكل شيء رفضه يجب لرفضه دم وقضاؤه ، فإن كان عمره لم يلزمه في قضاؤها سوى عمره ، وإن كان حجة لزمه حج وعمره ، أما الحجة فللقضاء ، وأما العمرة فلائنه في معنى فائت الحج وهو يتحلل بها ثم يقضى الحج شرعا ، ولذا قلنا : لو أحرم بالحجة في سنته لأمعرة عليه ، والله سبحانه وتعالى أعلم . ولترجع لنحل كلام المصنف رحمه الله (قوله فعليه دم لإحرامه قبل الوقت) لأن وقته بعد الحلق ، ولم يذكر محمد دما في الجمع بين الحجتين في الجامع الصغير ، وذكره في الجمع بين العمريتين ، وأوجهه في المتأسك من الميسوط فجعل بعض المشايخ فيه روايتين ، وذكر بعضهم أنه لا فرق ، وسكوته في الجامع ليس نفيا بعد وجود الموجب لأن الموجب له في العمريتين وهو عدم المشروعية ثابت في الحجتين ، وما ذكر في الفرق

(ومن فرغ من عمرته إلا التقصير فأحرم بعمره أخرى فعليه دم) يعنى بالاتفاق (لإحرامه قبل الوقت) لأن وقته بعد الحلق الأول ولم يوجد (لأن جمع بين إحراى العمرة وهذا مكروه فيلزمه الدم وهو دم جبر وكفارة) لا يخل التناول منه ، وهذه المسئلة من نخاص الجامع الصغير بين فيها لزوم دم الجمع في العمرة من غير اختلاف الروايتين ، وسكت محمد بيان وجوبه للجمع بين إحراى الحج في الجامع الصغير وأوجهه في مناسك الميسوط . وقال بعض مشايخنا : في ذلك روايتان . وأما وجوبه في الجمع بين إحراى العمرة فذلك رواية واحدة ، وهذه المسئلة أيضا تدل على أن مذهب محمد في لزوم الإحرامين كليهما ، وإلا لما لزم عنده شيء لأن الجمع غير متحقق لعدم لزوم أحدهما ، إلا إذا أراد بالجمع لإدخال الإحرام على الإحرام وإن لم يلزم إلا أحدهما فيستفج . وقوله (ومن أهل بالحج) أى رفع صوته بالتلبية (ثم أحرم بعمره لزماء لأن الجمع بينهما مشروع في حق الأتاق والمثلة فيه فيصير بملك قارنا) لأنه قرن بين النسكين (لكنه أخطأ السنة فيصير ميسئا لأن السنة لإدخال الحج على العمرة لا إدخال العمرة على الحج . قال الله تعالى : فن تمتع بالعمره إلى الحج - جعل الحج آخر الغايتين ، لكن لما لم يؤد الحج صح لأن الترتيب وجد في الأفعال ، وإن فات في الإحرام فعليه تقديم أفعال العمرة على أفعال الحج ، حتى (لو وقف بعرفات ولم يأت بأفعال العمرة كان رافضا لعمرته لأنه تعلق عليه أدائها إذ هي مبنية على الحج غير مشروعة) بل المشروع هو أن تكون أفعال الحج مبنية على أفعال العمرة . وقوله مبنية نصب على الحال ، قال في التباية : والعامل فيها معنى الإشارة في هي فلذا كانت مقيلة بقيد مسيحي وفيه نظر (فلان توجه إليها لم يكن رافضا) حتى لو بدا له فرجع من الطريق

(قوله لأن السنة لإدخال الحج على العمرة لإدخال العمرة على الحج ، إل قوله : لأن الترتيب وجد في الأفعال) أقول : فيه بحث ، فإنه استدلال بالآية على كونه سنة . والحق ما استدل الله تعالى على أنه سنة . وقوله جعل الحج آخر الغايتين : يعنى المبدأ والمنتهى . وقوله وجد في الأفعال ، الأول أن يقال : يوجد في الأفعال (قوله والعامل فيها معنى الإشارة في هي ، إل قوله : وفيه نظر)

يقف) وقد ذكرناه من قبل (فإن طاف للحج ثم أحرم بعمره ففدى عليهما لزماه وعليه دم لجمعه بينهما) لأن الجميع بينهما مشروع على ما مر فيصحب الإحرام بهما ، والمراد بهذا الطواف طواف التحية وأنه سنة وليس بركن حتى لا يلزمه تركه شيء ، وإذا لم يأت بما هو ركن يمكنه أن يأتي بأفعال العمرة ثم بأفعال الحج ، فلهذا لو فدى عليهما جاز وعليه دم لجمعه بينهما وهو دم كفارة وجبر هو الصحيح لأنه بان أفعال العمرة على أفعال الحج من وجه (ويستحب أن يرفض عمرته) لأن إحرام الحج قد تأكد بشيء من أعماله ، بخلاف ما إذا لم يطف للحج ، وإذا رفض عمرته يقضيها لصحة الشروع فيها (وعليه دم) لرفضها (ومن أهل بعمره في يوم النحر أو في أيام التشريق لزومه) لما قلنا (ويرفضها) أي يلزمه الرفض لأنه قد أدى ركن الحج فيصير بانها أفعال العمرة على

من أنه في الحجتين لا يصير جامعا فعلا لأنه لا يؤدي أفعال الأخرى إلا في سنة أخرى ، بخلاف العمرة فإنه يؤدي الثانية في هذه السنة فيصير جامعا فعلا لا يتم لأن كونه بحيث يتمكن من أداء العمرة الثانية لا يوجب الجميع فعلا فاستويا ، فالأوجه أنه ليس فيه إلا رواية الجواب (قوله وقد ذكرناه) يعني في باب القرآن (قوله والمراد بهذا الطواف) يعني في قوله فإن طاف للحج (قوله وهو دم كفارة وجبر هو الصحيح) فلا فرق في وجوب الدم بين الصورة الأولى والثانية ، غير أن الدم في الأول دم القرآن للشكر اتفاقا وفي الثانية يختلف فيه . ومختار المصنف وفخر الإسلام أنه دم جبر لأنه بان أفعال العمرة على أفعال الحج من وجه لتقديم طواف القدوم ، واختار شمس الأئمة السرخسي أنه شكر وإن كان هو أكثر إسماء من الأول ، فإن هذا الطواف لما لم يكن ركنا ولا واجبا أمكنه بناء أفعال العمرة فيصير بانها أفعال العمرة على أفعال الحج فلا موجب للدم جبريا ، ولا قسمل بناءه من وجه بسبب تقديم بعض السنن ، ولو سلم منعنا كون هذا التقدير من الوجه الاعتباري يوجب الإنجائية المؤجلة للدم ، ولو قال قائل : إن طواف القدوم ليس من أفعال الحج أصلا ولا من سنن نفس عبادة الحج بل هو سنة لتقدم المسجد الحرام كركعتي التحية لغيره من المساجد ولذا منقطع بطواف أكثر من مشروعات الوقت ، حتى لو لم يدخل الحرم بالحج مكة إلا يوم النحر بعد الوقوف مقطعتا استثناه بقول طواف الإفاضة وكلما ائتمتر لايسن في حقه لإغناء

إلى مكة فطواف لعمرته وسعى ثم وقف بعرفات كان قارنا (وقد ذكرناه من قبل) يعني في آخر باب القرآن حيث قال ولا يصير رافضا بمجرد التوجه هو الصحيح من مذهب أبي حنيفة الخ (فإن طاف للحج) يعني طواف التحية (ثم أحرم بعمره ففدى عليهما) وتفسير المصنف أن يقدم أفعال العمرة على أفعال الحج كما هو المنسوق في القرآن (لزمه) وعليه دم لجمعه بينهما لأن الجميع بينهما مشروع على ما مر) يعني قوله لأن الجميع بينهما مشروع في حق الآفاق (فصح الإحرام بهما) وكلامه ظاهر ، وقوله (هو الصحيح) احتراز عما اختاره شمس الأئمة وقاضيخان والإمام المحبوبي أن ذلك دم القرآن فيكون دم شكر . وذكر الإمام فخر الإسلام مثل ما ذكر في الكتاب لأنه أخطأ السنة في بناء أفعال العمرة على أفعال الحج من وجه فكان كقران المكي ، وقوله (ويستحب) ظاهر ، وقوله (ومن أهل بعمره في يوم النحر) يعني قبل الحلق أو قبل طواف الزيارة لأن حكم من أهل بها بعد ما حل من الحجبة بالحلق يأتي ذكره كلما في النهاية ، والظاهر الإطلاق على ما ذكره ، وقوله (لزمه لما قلنا) يريد قوله لأن الجميع بينهما مشروع في حق الآفاق . وقوله (ويرفضها) قالوا معناه : يلزمه الرفض لأنه قد أدى ركن الحج ، وهو الوقوف فيصير بانها

أقول : فإن هي ليست من أعماء الإشارة بل المائل فيها هو التماسب الخبر إلى المجهول كما صرحوا به (قوله والظاهر الإطلاق على ما ذكره) أقول : وفيه

أفعال الحج من كل وجه ، وقد كرهت العمرة في هذه الأيام أيضاً على ما نذكر فلها يلزمه رفضها ، فإن رفضها فعليه دم لرفضها (وعمره مكانها) لما بينا (فإن مضى عليها أجزأه) لأن الكرامة لمعنى في غيرها وهو كونه مشغولاً في هذه الأيام بأداء بقية أعمال الحج فيجب تخليص الوقت له تعظيماً (وعليه دم لجمعه بينهما) إما في الإحرام أو في الأعمال الباقية ، قالوا : وهذا دم كفارة أيضاً ، وقيل إذا حلق للحج ثم أحرم لا يرفضها على ظاهر ما ذكر في الأصل ، وقيل يرفضها احترازاً عن النهي :

طواف العمرة عنه ، كما تسقط الركعتان بإقامة الفريضة عند الدخول لحصول التحية تعظيلاً في ضمن الفرض ، ولو كان معتبراً سنة نفس العبادة تابعاً لما لم يسقط بحال كما لم تسقط سنة الظهر بفعل الفرض فكان أظهر في الدفع لأنه حينئذ لا يكون تقدمه موجباً بناء العمرة من ذلك الوجه أيضاً ، وهذا الوجه الذي ذكرناه هو من كلامهم في توجيهه مقوله إذا لم يدخل الحرم مكة وتوجه إلى عرفات ، ويستلزم أن طواف القدوم لايسن للقارن لأنه يبدأ بطواف العمرة إذا دخل فيحصل المقصود في ضمنه : فإن قيل : قد ذكرت فيما تقدم من الآثار ما يدل على أنه يطوف طوافين فلا تعارض بما ذكرت من المعنى ، قلنا فيلزم بطلان مقوله فيما إذا لم يدخل مكة إلا بعد الوقوف يوم النحر ، فالحاصل أن أحد الأمرين لازم . والحق أن دلالة الآثار على استئذان طوافين للقارن لا يلزمه كون أحدهما

أفعال العمرة على أفعال الحج من كل وجه . وقوله (وقد كرهت العمرة) وجه آخر في لزوم الرفض (على ما نذكر) إشارة إلى ما يذكر في باب القواف بقوله العمرة لا تقوت وهي جائزة في جميع السنة إلا خمسة أيام يكره فعلها فيها ، وقوله (وعمره مكانها) أي قضاء المفروضة . وقوله (لما بينا) إشارة إلى قوله لأن الجمع بينهما مشروع . فإن قيل : ما الفرق بين هذه المسئلة وبين الشروع في الصوم في يوم التحريث لا يلزمه القضاء إذا أسدده وهنا يلزم ؟ أجيب بأن مجرد الشروع في الصوم فيه يحصل به المصيبة وهي ترك إجابة ضيافة الله تعالى فيؤثر بالإفطار ولا يلزمه القضاء ، وأما بمجرد الإحرام للعمرة في هذه الأيام فلا يحصل لأن المصيبة أداء أفعالها في هذه الأيام فيلزمه القضاء لصحة الشروع (وإن مضى عليها) أي على العمرة التي أحرم لها يوم النحر وفي بعض النسخ عليها : أي على الحج والعمرة (أجزأه) وذليله ظاهر . وقوله (وعليه دم لجمعه بينهما ، إما في الإحرام) يعني إن كان إحرام العمرة قبل التحلل بالحلقي (أو في الأعمال الباقية) يعني إذا كان بعد الحلقي ، وهذا يرشدك إلى أن كلام المصنف على إطلاقه ليس بمقيد بما قبل الحلقي كما قال صاحب النهاية ، لأنه إذا كان قبل الحلقي فجميع الجمع بين الإحرامين فلا حاجة إلى قوله أو في الأعمال لاسيما وقد ذكر بكلمة أو ، وكلما قوله وقيل إذا حلق يدل على ذلك لأن معناه يلزمه الرفض مطلقاً . (وقيل إذا حلق للحج ثم أحرم لا يرفضها على ظاهر ما ذكر في الأصل) قال الإمام فخر الإسلام : لم يذكر محمد الرفض في الجامع الصغير ، وجوابه في الأصل مشتببه بظاهر ذلك أنه لا يرفضها (وقيل يرفضها احترازاً عن النهي)

إليه قوله المصنف إما في الإحرام أو في الأعمال الباقية (قوله لما بينا إشارة إلى قوله : لأن الجمع بينهما مشروع) أقول : والظاهر أنه إشارة إلى قوله لسنة الشروع فيها (قوله أجيب بأن مجرد الشروع في الصوم ينع) أقول : وإن أردت زيادة التفصيل فراجع قيل باب الاحتكاف من الهداية وشرحه (قال المصنف : لأن الكرامة لمعنى في غيرها) أقول : لم يبين وجه التماس من بناء أفعال العمرة على أفعال الحج (قوله فلا حاجة ، إلى قوله : أو في الأعمال لاسيما وقد ذكر بكلمة أو) أقول : يجوز أن يذكره لتأكيد معنى الجمع فينبغي لا يكون قول الشارع لاسيما في محله (قوله لأن معناه يلزمه الرفض مطلقاً) أقول : وفيه أنه لو كان المعنى ذلك لكان قوله وقيل يرفضها تكراراً ، فلا دلالة لقوله وقيل إذا حلق على ما ذكره ، بل دلالة على التقييد بظاهره .

قال الفقيه أبو جعفر : ومشايخنا رحمهم الله تعالى على هذا (فإن فاته الحج ثم أحرم بعمره أو بحجة فإنه يرفضها) لأن فائت الحج يتحلل بأفعال العمرة من غير أن ينقلب لإحرامه لإحرام العمرة على ما يأتيك في باب القوات إن شاء الله تعالى فيصير جامعا بين العمرتين من حيث الأفعال فعليه أن يرفضها كما لو أحرم بعمرتين ، وإن أحرم بحجة يصير جامعا بين الحجتين لإحراما فعليه أن يرفضها كما لو أحرم بعمرتين وعليه قضاؤها لصحة الشروع فيها ودم لرفضها بالتحلل قبل أوأنه ، والله أعلم .

للقدم ، فادعاء أنه طواف القلوم ادعاء أمر زائد على مقتضى الدليل ، واعتقادي أن استنانه لإيقاع سعى الحج ، فإن السعى لم يشرع إلا مرتبا على طواف ، ومعلوم أنه رخص في تقديم السعى على يوم النحر فكان الثابت في الآثار بيان طريق تقديم سعى الحج للقارن : وعن هنا قلنا في المتمتع إذا أحرم بالحج بعد الفراغ من العمرة له أن يطوف طوافا ينقل به ثم يسمى بعمره للحج وليس هو طواف القلوم . نعم يقتضى أن القارن لو لم يرد تقديم السعى لايمن في حقه طواف آخر ولا يلزم من التزامه محال ، وغاية ما يلزم إذا دل دليل على استنانه طوافين مطلقا : أخى غير مقيد بقصد تقديم السعى كون تقديم السعى سنة للقارن ولا ضرر في التزامه (قوله قال الفقيه أبو جعفر : ومشايخنا على هنا) أى على وجوب الرضى وإن كان بعد الحلق ، ومحصله بعض المتأخرين لأنه بى عليه واجبات من الحج كالرى وطواف الصلوة وستة المبيت ، وقد كرهت العمرة في هذه الأيام أيضا فيصير بانيا أفعال العمرة على أفعال الحج بلا ريب .

يعنى التهى عن العمرة في هذه الأيام كما ذكرنا (قال الفقيه أبو جعفر ومشايخنا رحمهم الله : على هنا) القول وهو رفض العمرة . ومعنى ما ذكر في الأصل أنه لا يرفضها : أى لا ترفض من غير رفض ، وقوله (فإن فاته الحج) يعنى فائت الحج وهو من فاته الوقوف بعرفة إذا أحرم بحجة أو عمره فإنه يرفض إلى أحرم بها . أما إذا كانت عمره فلأن فائت الحج يتحلل بأفعال العمرة من غير أن ينقلب لإحرامه لإحرام العمرة عند أى حنيفة ومحمد خلافا لأبي يوسف رحمه الله . وقالته تظهر في حق لزوم الرضى إذا أحرم بحجة أخرى ، فعندها يرفضها كى لا يصير جامعا بين إحرامى الحج ، وعند أبي يوسف لا يرفضها بل يضى فيها . وقوله (على ما يأتيك) أراد به قوله لأن فائت الحج يتحلل بأفعال العمرة لا قوله من غير أن ينقلب لإحرامه لإحرام العمرة لأن هذا غير مذكور هناك . وقوله (فيصير جامعا) أى فائت الحج الذى أحرم بعمره يصير جامعا (بين العمرتين) أفعالا فيجب أن يرفض العمرة إلى أحرم بها كما لو أحرم بعمرتين . وأما إذا كانت حجة فإنه يصير نجاما بين الحجتين لإحراما فعليه أن يرفضها كما لو أحرم بعمرتين وعليه قضاؤها لصحة الشروع فيها ودم لرفضها بالتحلل قبل أوأنه ، والله أعلم .

(باب الإحصار)

(وإذا أحصر المحرم بعلو أو أصابه مرض فنته من المضي جاز له التحلل) وقال الشافعي رحمه الله : لا يكون الإحصار إلا بالعلو لأن التحلل بالهدى شرع في حق المحصر لتحصيل النجاة وبالإجلال ينتجو من العلو لأن المرض . ولنا أن آية الإحصار وردت في الإحصار بالمرض بإجماع أهل اللغة فلأنهم قالوا : الإحصار بالمرض والمحصر بالعلو

(باب الإحصار)

هو من العوارض النادرة وكذا القوات فأعزها . ثم إن الإحصار وقع له عليه الصلاة والسلام فقدم بيانه على القوات . والإحصار يتحقق عندنا بالعلو وغيره كالمرض وهلاك الثقة وموت محرم المرأة أو زوجها في الطريق ، وفي التجنيس في سرقة الثقة إن قلنا على الشفئ فليس بمحصر وإلا فمحصر لأنه عاجز ، ولو أحرمت ولا زوج لها ولا محرم فهي محصرة لا تحل إلا بالدم لأنها منعت شرعا أكد من المنع بسبب العلو . وقال الشافعي رحمه الله : لا إحصار إلا بالعلو (قوله لأن التحلل شرع في حق المحصر لتحصيل النجاة) من السبب المانع (وبالإجلال ينتجو من العلو لا المرض) ولا يخفى أنه يرد على هذا ببادئ النظر أن يقال إن قلت إنه لم يشرع إلا للنجاة من السبب منعا المحصر ، وإن أردت أنه من أسباب شرعيته لم يفد بني شرعيته في محل النزاع ، فلما جعل بعضهم هذا الوجه مبنيا على الاستدلال بالآية ، هكنا الآية وردت لبيان حكم إحصاره صلى الله عليه وسلم وأصحابه وكان بالعلو ، وقال في سياق الآية - فإذا أمنت - إلى آخرها ، فعلم أن شرعية الإحصار في العلو كان لتحصيل الأمن منه ، وبالإجلال لا ينتجو من المرض ولا يكون الإحصار بالمرض في معناه ، فلا يكون النص الوارد في العلو واردا في المرض فلا يلحق به دلالة ولا قياسا لأن شرعية التحلل قبل أداء الأفعال بعد الشروع في الإحرام على خلاف القياس فلا يقاس عليه (قوله فلأنهم قالوا : الإحصار بالمرض والمحصر بالعلو) أفاد هذا أن مراده بقوله

(باب الإحصار)

لما كان من الإحصار ما هو جنابة على المحرم أعقبه باب الجنايات بباب على حدة ، تقول العرب : أحصر إذا منه خوف أو عدا أو مرض من الوصول إلى إتمام حجته أو عمرته ، وإذا حبسه سلطان أو قاهر مانع يقولون حصر ، فأحصر محرم ممنوع عن المضي إلى إتمام أفعال ما أحرم لأجابه (فإذا أحصر بعلو أو مرض فنع من المضي جاز له التحلل) والشافعي رحمه الله حصر الإحصار في العلو وقال : المريض ليس له أن يتحلل إلا أن يكون شرط ذلك عند إحرامه ، ولكنه يصير إلى أن يبرأ (لأن التحلل بالهدى شرع في حق المحصر لتحصيل النجاة) بالإجلال والنجاة بالإجلال لا تكون إلا من العلو ولأن ما به من المرض لا يزول بالتحلل ، بخلاف المحصر بالعلو فلأن ما ابتلى به يزول بالتحلل لأنه يرجع إلى أهله فيتدفق عنه شر علوه (ولنا أن آية الإحصار وردت في الإحصار بالمرض بإجماع أهل اللغة ، فلأنهم قالوا : الإحصار بالمرض والمحصر بالعلو) وإذا وردت فيه كانت

(باب الإحصار)

والتحلل قبل أوانه للبع الحرج الآتي من قبل امتداد الإحرام ، والحرج في الاصطبار عليه مع المرض أعظم .

وردت في الإحصار بالمرض بإجماع أهل اللغة أن إجماعهم على أن مدلول لفظ الإحصار المنع الكائن بالمرض والآية وردت بذلك اللفظ فيزوم إجماعهم على أن معناها ذلك إلا بناف ، وهذا لأن ذلك نقل عن القراء والكسائي والأخفش وأبي عبيدة وابن السكيت والفتي وغيرهم . وقال أبو جعفر النحاس : على ذلك جميع أهل اللغة . ثم المتقابلة في نقله قولهم الإحصار بالمرض والحصر بالعدو ظاهر في أن الإحصار خاص بالمرض والحصر خاص بالعدو ، ويحتمل أن يراد كون المنع بالمرض من ما صدقات الإحصار ، فإن أراد الأول ورد عليه كون الآية لبيان حكم الحادثة التي وقعت للرسول صلى الله عليه وسلم وأصحابه رضى الله عنهم ، واحتاج إلى جواب صاحب الأمرار . وحاصله كون النص الوارد لبيان حكم حادثة قد ينتظمها لفظاً وقد ينتظم غيرها مما يعرف به حكمها دلالة ، وهذه الآية كذلك إذ يعلم منها حكم منع العدو بطريق أولى لأن منع العدو حتى لا يتمكن معه من المضي ، بخلافه في المرض إذ يتمكن منه بالضمحل والمركب والخدم ، فإذا جاز التحلل مع هذا فع ذلك أولى إلا أنه مناف لما ذكره المصنف من الوجه المعقول وهو قوله ولأن التحلل إنما شرع للبع الحرج الآتي من قبل امتداد الإحرام ، والصبر عليه مع المرض أعظم ، فإنه يفيد أن حكم التحلل مع المرض أولى منه مع العدو فلا يكون النص عليه مع المرض يفيد مع العدو بطريق الدلالة ، ولا تنلغ المناقاة بقولنا إن هذا مذكور بطريق النزول في معنى الآية : أى أو سلمنا أنها في الإحصار بالعدو فيثبت في المرض بطريق أولى لأن المذكور على تقدير التسليم مدعى حقيقته ، وعلى تقديره يازم ما ذكرنا ، والأولى لإرادة الأول وهو محمل قول أهل اللغة الإحصار بالمرض لقوله تعالى - للفقراء الذين أحصروا في سبيل الله - والمراد منهم الاشتغال بالجهاد وهو أمر راجع إلى العدو ، أو المراد أهل الصفة منهم تعلم القرآن أو شدة الحاجة والجهد عن الضرب في الأرض للتكسب . وقال ابن ميادة :

وما هجر ليل أن تكون تباعدت عليك ولا أن أحصرتك شغل

وليس هو بالمرض . وفي الكشف يقال : أحصر فلان إذا منعه أمر من خوف أو مرض أو عجز ، وحصر إذا حبسه عدو عن المضي أو مجيئ ، ومنه قيل للمحبس الحصر وللملك الحصر ، هذا هو الأكثر في كلامهم اه . وفي نهاية ابن الأثير يقال : أحصره المرض أو السلطان إذا منعه من مقصده فهو محصر ، وحصره إذا حبسه فهو محصور ، والمعارضة مع ذلك بين جواب الشيخين قائمة : الأقرب حينئذ كلام المصنف لأن الظاهر كون الآية تنظم الحادثة لفظاً وليرجموها ، وعلى التقدير انتهى نفي الشافعي إلحاق المرض بالعدو وقصر إفادة الآية على شرعيته

دلالاته على الإحصار بالمرض أقوى ، وفيه بحث من وجهين : الأول كان من حق الكلام أن يقول بإجماع أهل التفسير لأن أهل اللغة لا تتعلق لم ورود الآية وسبب نزولها . والثاني أنها نزلت في رسول الله صلى الله عليه وسلم وأصحابه رضى الله عنهم وكان الإحصار بالعدو . والجواب عن الأول أن معناه بدلالة إجماع أهل اللغة أجما على معنى دل ذلك المعنى أن تكون الآية واردة في الإحصار بمرض ، وعن الثاني بما قيل في النصوص الواردة مطلقاً يعمل بها على إطلاقها من غير حمل على الأسباب الواردة على لأجلها . وقوله (والتحلل قبل أوانه) استبدال بمقول فيه شافية النزول كأنه قال : سلمنا أن آية الإحصار وردت في الحصر بالعدو ، ولا فرق بين الإحصار والحصر ، لكن المرض ملحق به بالدلالة لأن التحلل قبل أوانه (للبع الحرج الآتي من قبل امتداد الإحرام والحرج في الاصطبار على الإحرام مع المرض أعظم) لا محالة لكثرة احتياجه ملاوة وملاوة إلى ما هو جناية على

وإذا جازله التحلل (يقال له ايست شاة تذبيح في الحرم وواحد من تبعته بيوم بعينه يذبح فيه ثم تحلل) وإنما يبعث إلى الحرم لأن دم الإحصار قربة ، والإراقة لم تعرف قربة إلا في زمان أو مكان على ما مر فلا يقع قربة دونه

للتجاة من العدو ثم وجدناه . واقفا في الحديث . روى الحجاج بن عمرو الأنصاري أنه صلى الله عليه وسلم قال « من كسر أو عرج فعليه الحج من قابل » فذكر ذلك لابن عباس وأبي هريرة فقالا : صدق ، رواه الخمسة . قال الترمذي : حديث حسن . وفي شرح الآثار : حدثنا فهد حدثنا علي بن معبد بن شداد العبدى صاحب محمد ابن الحسن قال : حدثنا جرير بن عبد الحميد عن منصور عن إبراهيم عن علقمة قال : لدغ صاحب لنا وهو عزم بعمرة فذكرناه لابن مسعود فقال : يبعث بهلى ويواعد أصحابه موعدا ، فإذا نحر عنه حل . وبه إلى جرير عن الأعمش عن عمارة بن عمير عن عبد الرحمن بن يزيد قال : قال عبد الله : ثم عليه عمرة بعد ذلك . وهذا يغيد أن شرعيته لدفع أى امتداد الإحرام مع الحابس عن الأعمال . وقد يقال : حديث « من كسر » غير مصرح بجواز الإحلال فيجوز كون المراد أنه إذا حبس بذلك حتى فاته الحج فعليه الحج من قابل ، فإذا قامت الدلالة على أن شرعيته للحابس مطلقا استفيد جوازه لمن سرق ثقبته ولا يقدر على المشى إلا أن قدر كلنا عن أبي يوسف . ولا يبعد أن لا يجب المشى في الابتداء ويلزم بعد الشروع ، كالفقير إذا شرع في الحج والمرأة إذا ماتت عمرها في الطريق أو زوجها في غير محل إقامة ولا قريب منه وبينها وبين مكة أكثر من ثلاثة أيام على ما يعرف في باب العدة إن شاء الله تعالى . وأما الذى ضل الطريق فهو محصر إلا أنه يزول إحصاره بوجود من يبعث معه هدى التحلل فإنه به يذهب السامع إذ يمكنه الذهاب معه إلى مكة ، فهو كالمحصر الذى لا يقدر على الهدى فيبقى محصرا إلى أن يخرج إن زال الإحصار قبل فوات الحج أو يتحلل بالطواف والسعى إذا استمر الإحصار حتى فاته الحج . هذا إذا ضل في الحل ، أما إن ضل في أرض الحرم فعلى قول من أثبت الإحصار في الحرم إذا لم يجد أحدا من الناس له أن يذبح إن كان معه الهدى ويميل ، كلما ذكر . والذى يظهر من تعليل منع الإحصار في الحرم تخصيصه بالعدو أما إن أحصر فيه بغيره فالظاهر تحقيقه على قول الكل ، والله أعلم وأحكم (قوله وواعد) الاحتياج إلى الماعدة على قول أبي حنيفة لأنه يجوز ذبح هدى الإحصار قبل يوم النحر ، أما على قولهما فلا حاجة لأنهما عينا يوم النحر وقتا له ، وقوله ثم تحلل يغيد أنه لا يتحلل قبله حتى لو ظن المحصر أن الهدى قد ذبح في يوم الماعدة ففعل من محظورات الإحرام ثم ظهر عدم الذبح إذ ذاك كان عليه موجب الجناية ، وكلما لو ذبح في الحل على ظن أنه

الإحرام . وقوله (وإذا جاز التحلل) يعنى إذا ثبت بما ذكرنا من الدليل جواز التحلل للمحصر (يقال له ايست شاة تذبيح في الحرم وواحد من تبعته بيوم بعينه يذبح فيه ثم تحلل) وهذا على قول أبي حنيفة رحمه الله لأن دم الإحصار عنده غير موقت فيحتاج إلى الماعدة ليعرف وقت الإحلال ، وأما عندهما فلم الإحصار في الحج موقت بيوم النحر فلا حاجة إلى الماعدة فيه ، وإنما يحتاج إليها في العمرة ، فإذا بعث فهو بالخيار إن شاء أقام بمكانه وإن شاء رجع لأنه لما صار ممنوعا من الذهاب بخير بين المقام والانصراف . قال في النهاية : إنما قيد بقوله يذبح فيه ثم يتحلل لأنه إذا ظن المحصر به ذبح هدية ففعل ما يفصل الحلان ثم ظهر أنه لم يذبح كان عليه ما على الذى ارتكب محظورات الإحرام لبقا لحرامه ، كلما ذكره الإمام قاضيخان رحمه الله (وإنما يبعث إلى الحرم لأن دم الإحصار قربة والإراقة لم تعرف قربة إلا في زمان أو مكان على ما مر) فلم الإحصار لا يعرف قربة بدون أحد هذين

فلا يقع به التحلل ، وإليه الإشارة بقوله تعالى ولا تحلقوا رءوسكم حتى يبلغ الهدى محله . فإن الهدى اسم لما يهتدى إلى الحرم ، وقال الشافعي رحمه الله : لا يتوقف به لأنه شرع رخصة والتوقيت يبطل التخفيف . قلنا : المراعى أصل التخفيف لانهائيه ،

ذبح في الحرم وما أكل منه الذي معه ضمن قيمته يتصدق بها عن المحصر إن كان غنيا (قوله وإليه) مرجع الضمير التوقت بالحرم المفهوم من قوله يذبح في الحرم مع قوله والإراقة لم تعرف قرابة إلا في زمان أو مكان ، والآية وهي قوله تعالى - ولا تحلقوا رءوسكم حتى يبلغ الهدى محله - إما في الإحصار بخصوصه أو فيه وفي غيره ، أو هو من عموم اللفظ الوارد على سبب خاص فيتناول منع الحلق قبل الأعمال في الإحصار وبعدها في غيره إلى أن يبلغ الهدى محله وبين محله بقوله تعالى - ثم محلها إلى البيت العتيق - وعنها قلنا : إذا لم يجد المحصر الهدى يبقى محرما حتى يجده فيتحلل به أو يتحلل بالطواف والسعي إن لم يجده حتى فاته الحج ، فإن استمر لا يقدر على الوصول إلى مكة ولا إلى الهدى بقي محرما أبدا هذا هو المذهب المعروف . ولو سرق الهدى بعد ذبحه لأشء عليه ، فإن لم يسرق تصدق به ، فإن أكل منه الذابح ضمن قيمة ما أكل إن كان غنيا يتصدق به عن المحصر . وعن أبي يوسف في المحصر إن لم يجد هديا قوم الهدى طعاما وتصدق به على كل مسكين نصف صاع أو يصوم مكان كل مسكين يوما فيتحلل به ، رواه عن عطاء : قال في الأمالي : وهذا أحب إلينا ، قلنا : هذا قياس يخالف النص في عين المقدس فلا يقبل . وقال القزطاشي : إن لم يجد بقي محرما . وقيل يصوم عشرة أيام ثم يتحلل ، وقيل ثلاثة أيام ، وقيل يذبح كل نصف صاع يوما ، ومن أحصر فوصل إلى مكة لم يبق محصرا على قول الإمام على ماسيا ، فإن لم يقدر على الأعمال صبر حتى يفوته الحج ويتحلل بأفعال العمرة . وقد ذكرنا أنه يجب أن يكون هذا في الإحصار بالعلو ، وكذا قيل : لو قدم قارن فطاف وسعى لعمرته وحجته ثم خرج إلى بعض الآفاق قبل الوقوف وأحصر فإله يعث يهتدى ويحل به ويقضى حجة وعمره لحجته ولا عمرة عليه لعمرته مع أنه طاف وسعى لحجته ، ولا يعمل بذلك لأن ذلك إنما يجب بعد القوات . ولو أحصر عبد أحرم بنهر . إذن مولاه بعث المولى الهدى ندبا ، ولو كان أحرم يذنه اختلفت الرواية في وجوب بعث المولى وعلمه بل يجب على العبد عند العتق (قوله ولنا أن المراعى أصل التخفيف لانهائيه) لم يذكر في كلام الشافعي أنه اعتبر نهاية التخفيف ، لكن دعواه القائلة أن التوقيت يبطل التخفيف ، وحاصل الجواب أن يقال : إن قلت إن المراعى نهاية التخفيف منمناه أو أصله ، فبالتوقيت لا يفتى أصل التخفيف بالكلية ليتيسر من يرسل معه الهدى عادة من المسافرين . وأما الاستيضاح على كون المراعى أصل التخفيف بأنه لو لم يجد هديا يبقى محرما أبدا فلا يرد عليه لأن الشافعي لا يقول به ، بل إذا لم يجده عتقه فقامت شاة وسط فيصوم

(فلا يقع به التحلل) وقد عين الشارع المكان بإشارة (قوله ولا تحلقوا رءوسكم حتى يبلغ الهدى محله) فإن الهدى اسم لما يهتدى إلى الحرم والمحل بالكسر عبارة عن المكان كالمسجد والمجلس ، نهى عن الحلق حتى يبلغ الهدى موضع حله - ثم فسر المحل بقوله - ثم محلها إلى البيت العتيق - وليس المراد عين البيت لأنه لا تراتق فيه الدماء فكان المراد به الحرم ، وهذا واضح (وقال الشافعي رحمه الله : لا يتوقت بالحرم لأنه شرع رخصة والتوقيت يبطل التخفيف ، قلنا : المراعى أصل التخفيف لانهائيه) ولهذا لم يستحق التخفيف متى لم يجد الهدى بل يبقى محرما أبدا ، ولأن

(قال المحقق : وإليه الإشارة) أقول : مرجع التفسير التوقت بالحرم المفهوم من قوله يذبح في الحرم مع قوله والإراقة لم تعرف

وتجوز الشاة لأن المتخصص عليه الهدى والشاة أدناه ، وتجزيه البقرة والبدنة أو سمعها كما في الضحايا ، وليس المراد بما ذكرنا بعت الشاة بعينها لأن ذلك قد يتعلل ، بل له أن يبعث بالقيمة حتى تشتري الشاة هنالك وتذبح عنه . وقوله ثم تحمل إشارة إلى أنه ليس عليه الخلق أو التقصير ، وهو قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ، وقال أبو يوسف : عليه ذلك ، ولو لم يفعل لأشياء عليه صلى الله عليه وسلم خلق عام الحديبية وكان محصرا بها وأمر أصحابه رضي الله عنهم بذلك . ولهما أن الخلق إنما عرف قرابة مرتبا على أفعال الحج فلا يكون نسكا قبلها وفعل النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه ليعرف استحكام عزيمتهم على الانصراف .

عن كل مد من قيمتها يوما ، وفي قول عشرة أيام كما في العجز عن هلى المتعة عنده ، والجواب ما تقدم والمعول عليه التريد الذي ذكرناه (قوله إشارة إلى أنه ليس عليه الخلق أو التقصير) والإلا قال ثم اخلق ونحوه ، فلما عدل إلى المعنى الأعم استفدنا عدم تعيين الخلق . وقوله وهو قول أبي حنيفة ومحمد أطلقه عنهما ، وفي الكافي : إنما لا يباح إذا أحصر في الخلق ، أما إذا أحصر في الحرم فيخلق لأن الخلق موقت بالحرم عندهما ، فعلى هذا كان خلقه صلى الله عليه وسلم لكونه في الحرم لأن بعض الحديبية من الحرم على ما قدمه المصنف ، ولما لم يقل المصنف في جواب أبي يوسف عن خلقه صلى الله عليه وسلم لأنه كان في الحرم بل إن خلقه كان ليعرف بتشديد الراء أو بتخفيفها مبينا للمعول استحكام عزيمتهم على الانصراف أى ليعرف المشركين ذلك فلا يشتغلوا بأمر الحرب

نهائيه لو كانت مراعاة لتحلل في الحال كما قال مالك رحمه الله وليس كذلك باتفاق بيننا وبينه . وقوله (وتجوز الشاة) ظاهر ، وذكر في المحيط أنه إذا كان محصرا لا يحد قيمة شاة أقام حراما حتى يطوف ويسعى كما يفعله فائت الحج ، وقوله (وقال أبو يوسف : عليه ذلك) أى الخلق (ولو لم يفعل لأشياء عليه صلى الله عليه وسلم خلق عام الحديبية وكان محصرا بها وأمر أصحابه بذلك) فإن قيل : هذا الذى ذكره من الدليل يدل على قوله عليه ذلك لما أن مجرد فعل النبي عليه الصلاة والسلام في الذى لا يفعل قرابة دليل الوجوب فكيف إذا أمر غيره بذلك ، وحينئذ لا يكون دليلا على قوله ولو لم يفعل لأشياء عليه فأين دليله ؟ أجب بأن هذه المسئلة عن أبي يوسف فيها روايان : في رواية يجوز ، وفي أخرى واجب . والمصنف أورد دليل رواية الوجوب ولم يورد دليل الرواية الأخرى ، لأن دليل أبي حنيفة ومحمد يصلح دليلا لها . وقوله (ولهما أن الخلق إنما عرف قرابة) يعنى أن كون الخلق قرابة عرف بالنص ، بخلاف القياس فيراعى فيه جميع ما ورد فيه النص من الأوصاف ومن جعلها كونه (مرتبا على أفعال الحج) فلا يكون في غير المرتب قرابة ، وأما خلق النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه فيعرف المشركون استحكام عزيمتهم المؤمنين على الانصراف فيأمنوا جانبهم ولا يشتغلوا بمكيدة أخرى بعد الصلح .

قرابة إلا في زمان أو مكان (قوله فإن قيل : هذا الذى ذكره من الدليل يدل على قوله عليه ذلك لما أن مجرد فعل النبي صلى الله عليه وسلم الخ) أقول : قال علماء الأصول : إذا نقل عن النبي صلى الله عليه وسلم فعل فإن كان سهوا أو طمعا أو غصا به فلا إيجاب لإحراما ، وإن كان بينا لمجبل يجب إتيانه إحراما ، وإن كان غير ذلك فهل يجب إتيانه أم لا ؟ قال البعض من المشافعية نعم ، وقال الأكثرون لا ، وهو المختار . إذا عرفنا هذا عرفنا أن قوله إن مجرد فعل النبي صلى الله عليه وسلم الخ يطرق إليه المنع ، ثم إن أمره هذا لو كان للوجوب لما خالفه الصحابة على ما نقل في الصحاح (قوله أجب بأن هذه المسئلة عن أبي يوسف ، إلى قوله : والمصنف أورد دليل رواية الوجوب الخ) أقول : فيكون في عبارة المصنف إتيان حيث يفهم منه أن الثاني من ثمة الأول وهو الظاهر . وقوله عليه ذلك : أى يستحب ، وقد استعمل عليه في هذا

(وإن كان قارنا بعث بدمين) لاحتياجه إلى التحلل من إحرامين ، فإن بعث بهدى واحد ليتحلل عن الحج ويبيى في إحرام العمرة لم يتحلل عن واحد منهما لأن التحلل منهما شرع في حالة واحدة (ولا يجوز ذبيح دم الإحصار إلا في الحرم ، ويجوز ذبحه قبل يوم النحر عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقال : لا يجوز الذبيح للمحصر بالحج إلا في يوم النحر ، ويجوز للمحصر بالعمرة متى شاء) اعتبارا بهدى المتعة والقران ، وربما يعتبرانه بالحلقي إذ كل واحد منهما محل . ولأبي حنيفة

كان ظاهرا في اعتقاده إطلاق الجواب فلا يجب عندهما الحلقي سواء أحصر في الحل أو الحرم (قوله لأن التحلل منهما شرع في حالة واحدة) أى ليس غير : قال صلى الله عليه وسلم « فلا أحل حتى أحل منهما جميعا » في الصحيح (قوله وربما يعتبر أنه الخ) أما اعتبارهما إياه بالحلقي فيجتمع أنه محل وهو إلزامي ، فأنهما لا يقولان بتوقيت الحلقي في الحرم بل من حيث السنية ، والمالحق هنا عندهما التزام ، والإلزام لا يفيد في المطلوب شيئا ، لأنه لو اعترف الخصم بالخطأ في أحدهما فقال أعترف بالخطأ في أحد الأمرين من عدم توقيت الذبيح بالزمان أو توقيت الحلقي به لم يلزم بخطوه في محل النزاع عينا . وأما اعتبارهما بهدى المتعة والقران فيجتمع أنه هدى تتعلق القرية فيه بنفس الإراقة ، وهو معارض بالقياس على سائر دماء الكفارات ، وهذا أولى لأن الجامع في قياسهما إنما هو أثره في توقيته بالمكان بسبب أنه اسم إضافي ، إذ معناه ما يهدى إلى مكان وذلك المكان هو الحرم بالاتفاق والنس ، وهو قوله تعالى - ثم محلهما إلى البيت العتيق - وتوقته بالزمان ليس معلولا لكونه هديا ، بل اتفق معه اتفاقا حكما شرعيا

قوله (وإن كان) المحصر (قارنا بعث بدمين) لاحتياجه إلى التحلل من إحراميه ، فإن بعث بهدى واحد ليتحلل عن الحج ويبيى في إحرام العمرة لم يتحلل عن واحد منهما لأن التحلل منهما شرع في حالة واحدة) لما روى عن عائشة رضي الله عنها قالت « خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في حجة الوداع فأهلنا بعمره ، ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من كان معه هدى فليل بالهـج مع العمرة ثم لا يحل حتى يحل منهما جميعا » وبالمهدى الواحد لا يتحلل منهما فلا يكون له أن يتحلل أصلا . فإن قيل : دم الإحصار قائم مقام الحلقي في التحلل والقارن يتحلل بحلقي واحد عن الإحرامين فما باله لا يتحلل عنهما بهدى واحد ؟ أجيب بجوابين : أحدهما أن الحلقي في الأصل مغطور الإحرام ، وإنما صار قرية بسبب التحلل فكان قرية لمضى في غيره كالوضوء للصلاة فينوب الواحد عن الاثنين كالطهارة الواحدة تكفي لصلوات كثيرة ، وأما الهدى فإنه شرع للتحلل إلا أنه قرية مقصودة بكون التحلل . ولغا جاز التلبر به ، وما هو قرية مقصودة بنفسه لا ينوب الواحد فيه عن الاثنين كأفعال الصلاة ، والثاني أن الحلقي مغطور الإحرام ، وإنما يصير قرية بسبب التحلل . فإن تكرر فلا يتلو إما أن يكون التحلل واقعا بالآول أو بالثاني ، فإن وقع بالآول كان الثاني لغوا ، وإن وقع بالثاني كان الأول جنبا ، فأما الذبيح فليس بمحظور الإحرام فصح الجمع ، وقوله (ولا يجوز ذبيح دم الإحصار إلا في الحرم) إنما أعاد هذه المسئلة ليجعلها توطئة لقوله ويجوز ذبحه قبل يوم النحر زيادة في بيان أن دم الإحصار أحرف في اختصاصه بالمكان حيث لم يختلف فيه أصحابنا من اختصاصه بالزمان لأنه مختلف فيه ، وقوله (اعتبارا بهدى المتعة والقران) تعطيل علم بجواز الذبيح للمحصر بالحج إلا في يوم النحر . وأما قوله (ويجوز للمحصر بالعمرة متى شاء) فبالاتفاق فلا يحتاج إلى تعطيل (وربما) يعتبرانه بالحلقي إذ كل واحد منهما محل) فكما لم يميز الحلقي قبل يوم النحر فكذلك الذبيح . وقوله (ولأبي حنيفة)

المضى في فصل الحرمات من النكاح . وقوله ولو لم يفعل لأضاه عليه قرينة لذلك (قوله فلا يحتاج إلى تعطيل) أقول : مع أن تدليله ظاهر وهو

وحده الله أنه دم كفارة حتى لا يجوز الأكل منه فيخص بالمكان دون الزمان كسائر دماء الكفارات ، بخلاف دم المتعة والقران لأنه دم نسك ، وبخلاف الحلق لأنه في أوانه لأن معظم أفعال الحج وهو الوقوف ينتهي به ، قال (والمحصر بالحج إذا تحلل فله حجة وعمره) هكذا روى عن ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم ، ولأن الحجة

لم يظهر تأثيره فيه فكان وصفا طوريا في حق هذا الحكم فلا يعمل به ، بخلاف دماء الكفارات فإن الكفارة مؤثرة في ستر الجنابة ، وهذا كذلك فإنه يمنع التأثم في مباشرة محظورات الإحرام كما أن ذلك يرفعه ، ومعنى ستر الجنابة مؤثر في عدم التأخير ما أمكن ، ولازمه جوازه قبل يوم النحر وهو المطلوب ، مع أن قوله تعالى - فإن أحصرتم فما استيسر من الهدى - مطلق فلا يفسخ إطلاقه بما ذكرناه لو صح (قوله هكذا روى عن ابن عباس وابن عمر) وذكره الرازي عن ابن عباس وابن مسعود ، ثم ذكر وجهه من القياس وهو على فائت الحج - وقد يورد عليه أن وجوب العمرة على فائت الحج إنما هو للتحلل بها والمحصر يتحلل بالهدى فلا تجب العمرة عليه . والجواب أن الهدى لتسهيل الإحلال قبل الأعمال ، وهذا لأنه قد تحقق من الشرع أنه متى صح الشروع في الإحرام انعقد لازما ولا يخرج عنه إلا بأداء الأعمال : أي أفعال حج أو عمرة ، حتى أنه إذا فات ما أحرم به من الحج لم يسوغ خروجه إلا بأفعال هي أفعال عمرة ، وإذا أحرم بالحج بنوى القرض ثم ظهر له أنه كان أداء لزمه المضي فيه ، بخلاف الصلاة والصوم حيث لا يلزم بالشروع فيه مظنون الوجوب . وإذا أفسده وجب المضي في الفاسد ولا يخرج عن عهده إلا بالأفعال بخلاف سائر العبادات ، وإذا صح شروع المحصر للتحلل بمقتضى ما ذكرنا إلا بأفعال عمرة ، كفات الحج فإنه حيز عن الإتمام بعد الشروع ، فإذا لم يفعل وجب أن يحكم بوجوب قضائها ردأ إلى ما عهد من أمر الحج في الشرع وأن الدم وجب عليه بتسهيل الإحلال قبل الأعمال وهو لا يني بقاء ذلك الواجب ، وعن هذا

ظاهر . وقوله (بخلاف دم المتعة والقران) جواب عن احتيارها بصورة النزاع بهما (لأنه) أي دم المتعة والقران (دم نسك) وما هو دم نسك فيخص بالزمان فكذلك هذا : وقوله (وبخلاف الحلق) جواب عن اعتبارها الآخر . ويانه أن التحلل على نوعين : تحلل في أوانه وهو الذي يرتب على أفعال ما أحرم لأجله ، وتحلل قبل أوانه وهو ما ليس كذلك ، والأول لا بد له من التوقيت بيوم النحر لأن الركن الأصلي هو الوقوف بعرفة (وهو ينتهي به) أي يوقت الحلق لأن وقته يمتد إلى طلوع الفجر من يوم النحر فلا بد أن يقع الحلق في يوم النحر ، وأما الثاني فإنه لا يوقيت على أداء الأعمال فيجوز تقديمها لعدم الضرورة الداعية إلى التوقيت بيوم النحر وما نحن فيه من الثاني فكان قياسه على الأول قياسا مع وجود الفارق وهو باطل ، قال صاحب الأصرار : قال الله تعالى - فإن أحصرتم فما استيسر من الهدى - من غير اشتراط زمان ، فاشتراطه بالقياس نسخ . قال (والمحصر بالحج إذا تحلل فله حجة وعمره) هكذا روى عن ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم (قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من فاته عرفة بليل فقد فاتته الحج فليحل بعمره وعليه الحج من قابل » والحديث عام في الذي فاتته الحج بفوات وقت الوقوف وفواته بالإحصار لأن كل واحد منهما قد فات عرفة قلنا بوجوب العمرة ، وأما الحجة فإنها تجب قضاء لصحة الشروع فيها . فإن قيل : العمرة في فائت الحج للتحلل ، والتحلل هنا حصل بالهدى فلا حاجة إلى

علم بوقت المعركة بوقت التحلل منه أيضا فضلا عن تحلل المحصر (قوله قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من فات عرفة بليل فقد فاتته الحج فليحل بعمره وعليه الحج من قابل) أقول : قوله فليحل بعمره يدل على أن المراد هو فائت الحج بنزير الإحصار : إذ تحلل المحصر بالحج لا بالسرة تحلل .

يجب قضاؤها لصحة الشروع فيها والعمرة لما أنه في معنى فائت الحج (وعلى المحصر بالعمرة القضاء) والإحصار عنها يتحقق عندنا . وقال مالك رحمه الله : لا يتحقق لأنها لا تتوقت . ولنا أن النبي عليه الصلاة والسلام وأصحابه رضي الله عنهم أحصروا بالحبشية وكانوا عمارا ، ولأن شرع التحلل لدفع الحرج وهذا موجود في إحرام العمرة ، وإذا تحقق الإحصار فعليه القضاء إذا تحلل كما في الحج (وعلى القارن حجة وعمرتان)

قلنا : لو لم يحل حتى يتحقق بوصف القوات تحلل بالأفعال بلا دم ولا عمرة في القضاء ، ثم ما ذكرناه من وجوب الحجة والعمرة في القضاء على المحصر هو فيما إذا قضاها من قابل ، فلو قضى الحجة من عامه لا تجب معها عمرة لأنه لا يكون كفائت الحج كلها عن أبي حنيفة . وعنه لا يحتاج إلى نية التمين إذ قضاها في تلك السنة ، ذكرهما محمد في الأصل . وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه عليه حجة وعمرة في الوجهين وعليه نية القضاء ، وهو قول زفر ، وعلى هذا الاختلاف والتضليل ما إذا أحرم المرأة بحجة تطوع فتنعها زوجها وحلها ثم أذن لها بالإحرام فأحرمت من عامها أو تحولت السنة ، وإذا قضاها من قابل إن شاء قرن بهما وإن شاء أفردهما . واعلم أن نية القضاء إنما تلزم إذا تحولت السنة اتفاقا فيما إذا كان الإحصار بسج نفل ، أما إذا كان بحجة الإسلام فلا لأنها قد بقيت عليه حين لم يؤدها فينبى حجة الإسلام من قابل (قوله لأنها لا تتوقت) فلا يتحقق خوف القوات . قلنا خوف القوات ليس هو المبيع للتحلل ولا لم يحل التحلل ، لأنه إذا فاتته الحج يتحلل بأفعال العمرة وذلك لا يفوت ، فلم أن التحلل إنما أبيح لما قدمناه من ضرر امتداد الإحرام مع ظهور عجزه عن الأداء .

ومن فروع الإحصار بالعمرة : رجل أهل بئسك منهم فأحصر قبل التمين فعليه أن يبعث يهدي واحد ويقضى عمرة استحسانا . وفي القياس حجة وعمرة ، لأن إحرامه إن كان للحج لزماه فكان فيه الاحتياط لكنه استحسان التيقن وهو العمرة فتصير هي ديناً في ذمته ، وفيه نظر ، ولأنه كان متمكناً من الخروج من هذا الإحرام بأداء عمرة فكذا بعده . وعن هذا أيضا قلنا : لو جامع قبل التمين لزمه دم الجماع والمضي في أفعال العمرة وقضاؤها ، بخلاف ما لو كان عين نسكا ففسخه ثم أحصر لأن هناك يقنا عدم نية الحج وهنا جاز كون النوى كان الحج فيحل يهدي وعليه حجة وعمرة لهذا الاحتياط . ولو أحرم بشيئين والباقي بحاله فأحصر بعث يهدين ويقضى حجة وعمرتين استحسانا وقد قلنا هذه (قوله وعلى القارن حجة وعمرتان) يقضيها بقران أو أفراد ، وهذا إذا لم يقض

إيجاب العمرة . قلنا : هذا رأى في مقابلة النص لما روى سالم عن ابن عمر رضي الله عنهم أنه كان يقول : حسبكم سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، إن حبس أحدكم عن البيت طواف البيت وبالصفاء والمروة ثم حل من كل شيء حتى يبيح عاما قابلا ، وقوله (وعلى المحصر بالعمرة القضاء) يدل على أن الإحصار عن العمرة متصور ، وقال مالك : هو غير متحقق في العمرة لأنها لا تتوقت . ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه رضوان الله عليهم أحصروا بالحبشية وكانوا عمارا (صحيح في كتب الحديث أن رسول الله صلى الله عليه وسلم وأصحابه أحصروا بالعمرة بالحبشية فقضوها من قابل وكانت تسمى عمرة القضاء (ولأن التحلل مشروع لدفع الحرج وهذا موجود في إحرام العمرة ، وإذا تحقق الإحصار فعليه القضاء إذا تحلل كما في الحج ، وعلى القارن حجة وعمرتان ، أما

(قوله قلنا هذا رأى في مقابلة النص الخ) أقول : غرض المتر عن أن قياتكم حل فالتك الحج لا يصح لوجود الفارق وقد حصل ، والحديث الذي رواه يدل على أن التحلل إنما يكون في المحصر بالعمرة ؛ وليس الأمر كذلك ، إلا أن يقال : الحديث دلالتان : وجوب العمرة على المحصر

أما الحج وإحداهما فلما بينا ، وأما الثانية فلأنه خرج منها بعد حصة الشروع فيها (فإن بعث القارن هديا وواعدهم أن يلجوه في يوم بعينه ثم زال الإحصار ، فإن كان لا يدرك الحج والهدي لا يلزمه أن يتوجه بل يصبر حتى يتحلل بنحر الهدى) لفوات المقصود من التوجه وهو أداء الأضال ، وإن توجه ليتحلل بأفعال العمرة له ذلك لأنه فائت الحج

في ستة الإحصار ، وأما إذا زال الإحصار بعد التحلل بالذبح والوقت يسع لتجديد الإحرام والأداء ففعل وإنما عليه عمرة القارن على ما هو رواية الأصل (قوله فإن بعث القارن هديا) الصواب المحصر مكان القارن ، وهذا غلط ظاهر في القسح ، أما أولا فلأن هذا الحكم لا يخص القارن فالحاجة إلى بيانه مطلقا لا على خصوص القارن ، وأما ثانيا فلأن القارن إنما يبعث بدمين (قوله فإن كان لا يدرك الخ) حاصل وجوه المسئلة أنه إذا زال الإحصار بعد البعث ، فلما أن يكون بحيث يدرك الهدى والحج أو لا يدركهما ، أو يدرك الحج فقط أو الهدى فقط ، وهذا التقسيم على قول أبي حنيفة كما ذكره المصنف وذكر أحكام الأقسام ذهي ظاهرة (قوله وإن توجه ليحل بأفعال العمرة له ذلك) وله في هذا فائدة هي أنه لا يلزمه عمرة في القضاء . فإن قيل : إذا كان المحصر قارنا ينبغي أن يجب عليه أن يأتي بالعمرة التي وجبت عليه بالشروع في القارن لأنه قادر عليها . قلنا : إنه لا يقدر على أدائها على

أما الحج وإحداهما فلما بينا) يعني في المفرد من كونه بمعنى فائت الحج (وأما الثانية فلأنه خرج منها بعد حصة الشروع فيها) وقوله (فإن بعث القارن هديا) قال صاحب النهاية : ذكر القارن ههنا وقع غلطا ظاهرا من التناسخ ، فالصواب أن يقال : فإن بعث المحصر . وبيان الغلط من وجهين : أحدهما أنه ذكر فإن بعث القارن هديا ويجب على القارن بعث الهديين فإنه لا يتحلل بالواحد لأنه ذكر قبل هذا في هذا الباب ، فإن كان قارنا بعث بدمين ، والثاني أن المصنف جمع بين روايتي القدوري والجامع الصغير وحله المسئلة المذكورة في هذين الكتابين في حق المحصر بالحج . وأقول : لما كان كلام المصنف قبل هذا في القارن لم يرد فك النظم فقال : فإن بعث القارن هديا ، والهدى اسم لما يهدى إلى الحرم سواء كان ذلك دمين أو دما واحدا أو ثوبا ، وكان ذكر أن الواجب عليه دمان وهما هدى القارن ، فكانه قال : فإن بعث القارن دمين فلا منافاة بين هذا وبين ما تقدم ، ولا هو غلط في الكلام ولا من نسخه ، بل ربما لو قال : فإن بعث المحصر كان ملبسا في حق القارن ، ولو قال هديين كان غير فصيح لأنه اسم مجلس ما يهدى فلا ينبغي إلا إذا قصد الأنواع وليس بمقصود أو العدد ، وذلك معلوم مما تقدم فلماذا قال : فإن بعث القارن هديا (وواعدهم أن يلجوه في يوم بعينه ثم زال الإحصار) ثم إن ههنا وجوها أربعة بحسب القسمة العقلية ، لأنه إما أن لا يدرك الحج والهدى أو يدركهما أو يدرك الهدى دون الحج أو بالعكس ، والكل مذکور في الكتاب . ففي الوجه الأول (لا يلزمه أن يتوجه بل يصبر حتى يحل بنحر الهدى لفوات المقصود من التوجه وهو أداء الأضال ، وإن توجه ليتحلل بأفعال العمرة فله ذلك لأنه فائت الحج) فإن قيل : إذا كان في معنى فائت الحج وجب أن يؤمر بالتوجه والتحلل بالطواف والسعي حتما كفائت الحج . أجب بأن الطواف والسعي في حق فائت الحج غير مقصود لعينه ، ولكن المقصود هو التحلل ، وهذا المقصود يحصل له بالهدى الذي بعثه

وكون التحلل بعد العمرة ، والنظم يدل على كون التحلل بالهدى فلا يعمل بالدلالة الثانية (قوله وأقول : لما كان كلام المصنف قبل هذا في القارن لم يرد فك النظم فقال فإن بعث القارن هديا) أقول : هذا غير بارد (قوله بل ربما لو قال فإن بعث المحصر كان ملبسا في حق القارن ، ولو قال هديين كان غير فصيح لأنه اسم مجلس ما يهدى فلا ينبغي الخ) أقول : فيه بحث .

(وإن كان يدرك الحج والهدى لزمه التوجه) لزوال العجز قبل حصول المقصود بالخلف ، وإذا أدرك هديه صنع به ما شاء لأنه ملكه وقد كان عينه المقصود استغنى عنه (وإن كان يدرك الهدى دون الحج يتحلل) لعجزه عن الأصل (وإن كان يدرك الحج دون الهدى جاز له التحلل) استحسانا . وهذا التقسيم لا يستقيم على قولهما في المحصر بالحج لأن دم الإحصار عندهما يتوقت بيوم النحر ، فمن يدرك الحج يدرك الهدى ، ولأنما يستقيم على قول أبي حنيفة رحمه الله ، وفي المحصر بالعمرة يستقيم بالاتفاق لعدم توقت الدم بيوم النحر . وجه القياس وهو قول زفر رحمه الله أنه قدر على الأصل وهو الحج قبل حصول المقصود بالبدل وهو الهدى . وجه الاستحسان أنا لو ألزمناه التوجه لضاع ماله لأن المبعوث على يديه الهدى يلجحه ولا يحصل مقصوده ، وحرمة المال كحرمة النفس ، وله الخيار

الوجه الذي تزمه وهو كونه على وجه يترب عليها الحج إذ يفوت الحج بفوات الحج يفوت ذلك (قوله لزمه التوجه) وليس له أن يتحلل بالهدى لأن ذلك كان لعجزه عن إدراك الحج وقد قدر عليه فلا يجوز الخلف مع القدرة على الأصل (قوله وهو قول زفر) وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة (قوله ولو خاف على نفسه الإيلامه التوجه فكلما على ماله) فإننا رأينا الشرع في كثير من المواضع أنه أزل المال كالنفس حتى أباح القتال دونه والقتل كالنفس . وفي البدائع لأنه إذا كان لا يقدر على إدراك الهدى صار كأن الإحصار زال عنه بالبيع فيحل به ، ولأن الهدى قد مضى لسبيله بدليل أنه لا يجب الضمان على المبعوث معه بالبيع فصار كأنه قدر على اللهاب بعد ما ذبح عنه اهـ .

لينحر عنه ، فله أن يقتصر بملك ثم يقضى العمرة ، وله أن يتوجه لثلا يلزمه قضاء العمرة ، وفي الوجه الثاني يلزمه التوجه (لزوال العجز قبل حصول المقصود بالخلف) كالمكفر بالصوم إذا أيسر قبل إتمام الكفارة به (وإذا أدرك هديه صنع به ما شاء لأنه ملكه وقد كان عينه المقصود استغنى عنه) وفي الوجه الثالث يتحلل لعجزه عن الأصل ، وفي الوجه الرابع جاز له التحلل (وهذا التقسيم) يعني الوجه الرابع (لا يستقيم على قولهما في المحصر بالحج) على ما ذكر في الكتاب وهو واضح . وقوله (وحرمة المال كحرمة النفس) يعني كما أن خوف النفس كان علوا له في التحلل فكذلك الخوف على ماله ، لكن الأفضل أن يتوجه . فإن قلت : هذا الذي ذكره المصنف أن حرمة المال كحرمة النفس مخلف لما قاله فخر الإسلام والأصوليون أن حرمة النفس فوق حرمة المال فجواز أن يكون وقاية للنفس ، فإذا أكره بالقتل على إتلاف مال غيره جاز الإقدام عليه . فالجواب أن حرمة النفس فوق حرمة المال حقيقة لأنه مملوك بمثل ، فأين بمائل المالك الميتل ، ولكن حرمة المال تشبه حرمة النفس من حيث كون إتلافه ظلما لقيام عصمة صاحبه فيه ، وإلى هذا أشار المصنف بكاف التشبيه ، فإن المشابهة بين الشيئين لا تقتضي اتحادهما من جميع الجهات والإلزام التشبيه . وقوله (وله الخيار) يعني على وجه الاستحسان ، لما جاز

(قال المصنف : وهذا التقسيم لا يستقيم على قولهما ، إل قوله : ولأنما يستقيم على قول أبي حنيفة رحمه الله ، وفي المحصر بالعمرة يستقيم بالاتفاق الخ) أقول : لكن لا يستقيم التقسيم الأول والثالث فيها لأنه إذا زال الإحصار والعمرة غير موقفة كيف لا يدركها ؟ (قوله فإن المشابهة بين الشيئين لا تقتضي اتحادهما الخ) أقول : المساواة في الحرمة لا تستلزم الاتحاد من كل وجه فلا وجه لهذا الصل ، بل

(١) (قول الشيخ قوله ولو خاف على نفسه الخ) هذا على ما في نسخ من الهادية ، وفي نسخ لا وجود لذلك اهـ . كذا بخط العلامة البحراني حفظه الله ، كتبه مصححه .

إن شاء صبر في ذلك المكان أو في غيره ليذبح عنه فيتحلل ، وإن شاء توجه ليردئ النسك الذي التزمه بالإحرام وهو أفضل لأنه أقرب إلى الوفاء بما وعد ، ومن وقف بعرة ثم أحصر (لا يكون محصرا) لوقوع الأمن عن القوات (ومن أحصر بمكة وهو ممنوع عن الطواف والوقوف فهو محصر) لأنه تعلل عليه الإتمام فصار كما إذا أحصر في الحل (وإن قدر على أحدهما فليس بمحصر) أما على الطواف فلأن فائت الحج يتحلل به والدلم بدل عنه في التحلل ، وأما على الوقوف فلما بينا ، وقد قيل في هذه المسئلة خلاف بين أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله

ولا يطلع الخاطر شيء من ذلك ، والأفضل أن يتوجه لأن فيه الإيفاء بما التزمه كما التزمه (قوله ومن أحصر) بعد الوقوف بعرة (لا يكون محصرا لوقوع الأمن من القوات) يتحقق الفعل فلا يرد التقص بالعمره ، فإن الأمن من القوات متحقق فيها مع تحقق الإحصار بها ، لأن المراد هنا أنه قد وقع الفعل بحيث لا يتصور بعده فساد ولا قوات ، وسقط به القرض إذا انضم إليه الطواف في أي وقت اتفق من عمره ، بخلاف معنى عدم القوات في العمره فلم يصدق عليه معنى الإحصار عن الحج ، فإن مناه المنع عن أفعاله ، وهذا قد فعل ماله حكم الكل فلم يلزم امتداد الإحصار للموجب للحرج لأنه متمكن من الإحلال بالخلق يوم النحر عن كل محظور سوى النساء ، ثم إن حلق في غير الحرم لزمه دم . والحاصل أنه لم يتحقق العذر المحذور للإحلال على ذلك الوجه لمكانته منه على سنن المشروع الأصلي ، غير أنه يبقى المنع في سير وهو النساء فيزول بالطواف ، ولا يعمز المحصر عن ساعة من ليل أو نهار يجد بها فرصة قدر الطواف غتضيا في زمان قدر شهر ، والمنع من النساء في هذا المقدار لا يستلزم حرجا يبيح الإحلال مطلقا بغير الطريق الأصلي : أفعى الحلق ، بخلاف الإحصار بالعمره وهو محرم بها ، هذا وإذا تحقق الإحصار بعد مجرد الوقوف كان عليه دم لوقوف المزدلفة ودم الرى ودمان لتأخير الحلق عن المكان وتأخير الطواف عند أبي حنيفة إن أخرها ودم آخر إن حلق في الحل . واختلف هل له ذلك أم لا ؟ قيل ليس له أن يحلق في مكانه في غير الحرم ، ولو أخره حتى يحلق في الحرم تأخر عن زمانه ، وتأخيره عن الزمان أهون منه في غير المكان . وقيل له ، إذ ربما لو أخره ليحلق في الحرم يمتد الإحصار فيحتاج إلى الحلق في الحل فيفوت المكان والزمان (قوله وقد قيل في هذه المسئلة خلاف) وهو ما ذكر على بن الجعد عن أبي يوسف قال : سألت أبا حنيفة

لأنه التحلل كان له الخيار (إن شاء صبر) إلى أن ينصر عنه الهدى في الميعاد فيتحلل (وإن شاء توجه لأداء النسك) لزوال العجز (وهو أفضل لأنه أقرب إلى الوفاء بما وعد ، ومن وقف بعرة ثم أحصر لا يكون محصرا) لأن سبب حكم الإحصار خوف القوات وقد وقع الأمن عنه لقوله صلى الله عليه وسلم « من وقف بعرة فقد تم حجه » لكنه محرم عن النساء حتى يطوف طواف الزيارة ، وعليه عند أبي حنيفة أربعة دماء : دم ترك الوقوف بالمزدلفة ، ودم ترك رمى الجمار ، ودم لتأخير الطواف ، ودم لتأخير الحلق ، وعندهما ليس عليه لتأخير الطواف والحلق شيء ، فإن قيل : قد تقدم أن ازدياد مدة الإحصار ثبت حكم الإحصار كما في إحصار العمره وههنا قد ازدادت فليثبت حكمه . أجيب بأنه متمكن من التحلل بالخلق إلا في حق النساء ، وإن كان يلزمه بعض الدماء فلا يتحقق العذر الموجب للتحلل . وقوله (ومن أحصر بمكة) ظاهر . وقوله (فلما بينا) يعني قوله ومن وقف بعرة ثم أحصر لا يكون محصرا . وقوله (وقد قيل في هذه المسئلة) يعني قوله (ومن أحصر بمكة) خلاف بين أبي حنيفة وأبي يوسف

الأول أن يقول : فإن وجه الشيء يكون في المشية به أقوى وأتم وهو به أشهر كما صرحوا به (قوله أجيب بأنه متمكن من التحلل بالخلق إلا في حق النساء) أقول : وأمر النساء عين .

تعالى ، والصحيح ما أعلمتكم من التفصيل ، والله تعالى أعلم .

(باب القوات)

(ومن أحرم بالحج وفاته الوقوف بعرفة حتى طلع الفجر من يوم النحر فقد فاته الحج) لما ذكرنا أن وقت الوقوف يمتد إليه (وعليه أن يطوف ويسعى ويتحلل ويقضى الحج من قابل ولا دم عليه) لقوله عليه الصلاة والسلام : من فاته عرفة بليل فقد فاته الحج فليحل بعمره وعليه الحج من قابل ، والعمره ليست إلا الطواف والسعى ،

عن المهرم يحصر بالحرم فقال : لا يكون عصر ، قلت : أليس أن النبي صلى الله عليه وسلم أحصر بالحديبية وهي من الحرم ؟ فقال : إن مكة كانت يومئذ دار الحرب ، وأما اليوم فهي دار الإسلام فلا يتحقق الإحصار فيها . قال أبو يوسف : أما أنا فأقول : إذا غلب العدو على مكة حتى حالوا بينه وبين البيت فهو عصر . والأصح أن التفصيل المذكور قول الكل . وفيه أن الحديبية من الحرم ، وهو خلاف ما ذكره البخاري أنها من الحل ، وما ذكره المصنف وغيره من مشايخنا أن بعضها من الحرم ، ولو صحت هذه الرواية فلا خلاف في المعنى إذا لاحظت تعليل أبي حنيفة ، وبملاحظته أيضا يتضح ما ذكرنا من حل منه الإحصار بالحرم على ما بالمر ، إذ لا ينبغي إمكان تحقق العجز عن الذهاب إلى مكة بشدة المرض في بعض الصور مع تحقق الإضرار ببقاء الإحرام مع المرض ، والله سبحانه أعلم .

[تقسم] المتحلل قبل أعمال ما أحرم به إما عصر أو فاته الحج أو غيرهما وتحلل الأول في الحال بالدم والثاني بأفعال العمره والثالث بلا شيء يقتلعه وهو كل من منع من المعنى شرعا لحق العبد ، كالمرأة والعبد الممنوعين لحق الزوج والمولى إذا أحرما بغير إذن فإن الزوج والمولى أن يحللاهما في الحال بلا شيء ، ثم على المرأة أن تبحث بغيره يلبس عنها في الحرم ، وعلى العبد إذا اعتق لدى الإحصار ، وعليهما معا قضاء حجة وعمره ، وسند ذكر تمامه إن شاء الله تعالى في المسائل المثورة .

(باب القوات)

(قوله لقوله عليه الصلاة والسلام : من فاته عرفة بليل فقد فاته الحج فليحل بعمره وعليه الحج من قابل)

وهو ما ذكره علي بن الجعد عن أبي يوسف قال : سألت أبا حنيفة عن المهرم يحصر في الحرم فقال : لا يكون عصر ، قلت : أليس أن النبي صلى الله عليه وسلم أحصر بالحديبية وهي من الحرم ؟ فقال : إن مكة يومئذ كانت دار الحرب وأما اليوم فهي دار الإسلام فلا يتحقق الإحصار فيها . قال أبو يوسف : وأما أنا فأقول : إذا غلب العدو على مكة حتى حالوا بينه وبين البيت فهو عصر . قال المصنف (والصحيح) من الرواية أن الممنوع عن الوقوف والطواف يكون عصره بانقضاء أصحابنا ، وإذا قدر على أخذها لا يكون عصره وهو معنى قوله (ما أعلمتكم من التفصيل) والله أعلم .

(باب القوات)

معنى الإحصار من القوات نازل منزلة المفرد من المركب ، لأن الإحصار لإحرام بلا أداء في القوات إحرام وأداء فلا جرم أثر تأخيرها ، (قوله ومن أحرم بالحج وفاته الوقوف) ظاهر .

(باب القوات)

ولأن الإحرام بعد ما انعقد صحيحا لا طريق للخروج عنه إلا بأداء أحد التمسكين كما في الإحرام المبهم ، وههنا عجز عن الحج فتمتع عليه العمرة ولا دم عليه لأن التحلل وقع بأفعال العمرة فكانت في حق فائت الحج بمنزلة الدم في حق المحصر فلا يجمع بينهما (والعمرة لا تقوت وهي جائزة في جميع السنة إلا خمسة أيام يكره فيها فعلها ،

رواه الدارقطني من حديث ابن عمر وابن عباس ، فحديث ابن عمر في سنه ورحمة بن مصعب ، قال الدارقطني : ضعيف وقد تفرد به ، ورواه ابن عدي في الكامل وضعفه بمحمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى ، وضعفه عن جماعة . وحديث ابن عباس فيه يحيى بن عيسى التهلي وضعفه ابن حبان وأسنده تضعيفه عن ابن معين . وقال صاحب التتقيق : روى مسلم . وأعلم أن الغرض من خصوص هذا المتن الاستدلال على نفي لزوم الدم ، فإن ماسواه من الأحكام المذكورة لا يعلم فيها خلاف . ووجهه أنه شرع في بيان حكم القوات ، وكان المذكور جميع ما له من الحكم والإلتافى الحكمة ، وليس من المذكور لزوم الدم ، فلو كان من حكمه للذكره (قوله كما في الإحرام المبهم) وهو أن لا يزيد في النية على مجرد الإحرام ثم يلي فإنه يصعب ، ولا يخرج عنه إلا بأداء أحد التمسكين ، وله أن يعين ماشاء ما يشرع في الطواف ، فإذا شرع قبل التعيين تمتعت العمرة ولذا قلنا : لو لم يعين حتى طاف أقل الأشواط ثم أحرم بعمرة وفضها ولزمه حكم الرقص على ما ذكرناه في إضافة الإحرام إلى الإحرام ، لأنه حينئذ صار جامعا بين عمريتين ، وقد أسلفنا في الإحرام المبهم شيئا في باب الإحرام ، والمراد بالصحيح في قوله لأن الإحرام بعد ما انعقد صحيحا اللازم ليخرج به العبد والزوجة بغير إذن لامقابل مافسد (قوله ولا دم عليه) وقال الحسن بن زياد : عليه الدم كقول الشافعي ومالك رحمهما الله . ولنا فيه ما ذكرنا من الحديث آقا ، وهو حجة لأن مسلما روى للتهلي ، وما رواه مالك في الموطأ عن عمر أنه قال لأبي أيوب الأنصاري حين فاته الحج : اصنع كما يصنع المعتزم ثم قد حلت ، فإذا أدركك الحج من قابل فاحجج وأهد ما استيسر من الهدى . وكذا روى عنه أنه قال للحبار ابن الأسود ومن معه حين فاتهم الحج ، وعن ابن عمر مثل ما عن أبيه رضي الله عنهما ، رواه الشافعي عنه فمحمول على التنبه لما قلنا من الحديث للرفع أنه صلى الله عليه وسلم لم يأمر به حين بيانه لحكم القوات ، أو لم يعلم فيه

(وقوله ولأن الإحرام بعد ما انعقد صحيحا) أي نافذا لازما لا يرتفع برفع ، فهو احتراز عن إحرام الرقيق بغير إذن المولى ، وإحرام المرأة بالتطوع بغير إذن الزوج ، فإن للمولى والزوج أن يحللاهما وليس باحتراز عن الإحرام القاسد ، كما إذا جامع المحرم قبل الوقوف بعمرة أو أحرم مجامعا فإن حكمه حكم الصحيح . وقوله (لا طريق للخروج عنه إلا بأداء أحد التمسكين) منقوض بالمحصر فإن الهدى طريق له للخروج عنه كما تقدم ، وأجيب بأنه نفي الكلام على ما هو الوضع وبمسئلة الإحصار من العوارض ثبت بالنص على خلاف القياس . وقوله (كما في الإحرام المبهم) أي المبهم من التمسكين المحجة والعمرة بأن أبهم في الإحرام وقال : لبك اللهم لبك ، ولم يعين حجة ولا عمرة ولم ينو بقلبه شيئا فإنه يصح إحرامه ولا يخرج عنه إلا بأداء أحد التمسكين ، لكنه يتعين في التيقن وهو العمرة لأنها أقل أفعالا وأيسر مثونة (وههنا عجز عن الحج) لغوات ركنه الأعظم (فيتعين عليه العمرة) فكان المناسبة بين الإحرام المبهم وبين ما نحن فيه الخروج عن الإحرام بأفعال العمرة . وقوله (ولا دم عليه) يعني عندنا خلافا للشافعي رحمه الله فإنه يوجب الدم عليه قياسا على المحصر ، وقلنا : التحلل وقع بأفعال العمرة فكانت في حق فائت الحج بمنزلة الدم في حق المحصر فلا يجمع بينهما ، ولا يقاس أحدهما على الآخر لأن كل واحد منهما قادر وعاجز على ما يعجز عنه الآخر وبما يقتدر عليه . وقوله (والعمرة لا تقوت) أي لأنها غير موقفة (وهي جائزة في جميع السنة) يدل على جوازها في أشهر الحج .

وهي يوم عرفة ، ويوم النحر ، وأيام التشريق) لما روى عن عائشة رضي الله تعالى عنها أنها كانت تكره العمرة في هذه الأيام الخمسة ، ولأن هذه الأيام أيام الحج فكانت متعينة له ، وعن أبي يوسف رحمه الله : أنها لا تكره في يوم عرفة قبل الزوال لأن دخول وقت ركن الحج بعد الزوال لا قبله ، والأظهر من المذهب ما ذكرناه ، ولكن مع هذا لو أداها في هذه الأيام صح ويصح محرما بها فيها لأن الكراهة لتغيرها وهو تعظيم أمر الحج وتخفيف وقته له

عن رسول الله صلى الله عليه وسلم شيئا ، وتأيد بما ذكره من المعنى في الكتاب وهو أن العمرة لفاتحت الحج جعلت شرعا شرطا للتحلل وكانت كالدم في المحصر فلا يجمع بينهما . وقوله لأن التحلل ألغى المراد أن لزوم الدم على المحصر لكونه تعجل الإحلال قبل الأعمال ، وهذا قد حل بالأعمال فلا يجب عليه الدم لا ما يتخيل من ظاهر العبارة ليقال عليه مقتضاه أن لا يجب على المحصر عمرة في قضاء الحجة حيثل (قوله لما روى عن عائشة) أخرج البيهقي عن شعبة عن يزيد الرشك ١ عن معاذة عن عائشة قالت : حلت العمرة في السنة كلها إلا أربعة أيام : يوم عرفة ، ويوم النحر ، ويومان بعد ذلك اهـ . وهو يشير إلى أن الكراهة كراهة محرم في كلام المصنف ما يفيد . وقال الشيخ تقي الدين في الإمام : روى إسماعيل بن عياش عن إبراهيم ونافع عن طائفة قال : قال البحر : يعني ابن عباس : خمسة أيام : يوم عرفة ، ويوم النحر ، والثلاثة أيام التشريق اعتمر قبلها أو بعدها ما شئت اهـ .

هذا وأما أفضل أوقاتها فريضان . وعن ابن عباس رضي الله عنهما عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال : عمرة في رمضان تعدل حجة ، وفي طريق مسلم « تقضى حجة » أو « حجة معي » وفي رواية لأبي داود « تعدل حجة معي » من غير شك . وكان السلف رحمهم الله يسمونها الحج الأصغر :

هذا وقد قلنا في أوائل كتاب الحج الوعد بعد عمراته عليه الصلاة والسلام فنقول : قد اعتمر النبي صلى الله عليه وسلم أربع عمرات كلهن بعد الهجرة ، ولم يعتمر مدة مقامه بمكة بعد النبوة شيئا ، وذلك ثلاث عشرة سنة وعن هذا ادعى من ادعى أن السنة في العمرة أن تفعل داخلًا إلى مكة لا خارجًا ، بأن يخرج المقيم بمكة إلى الحل فيعتمر كما يفعل اليوم وإن لم يكن ذلك ممنوعا ، ثم المراد بالأربعة : إحرامه بين ، فأما ما تم له منها ثلاث ، وهذا قال البراء بن عازب : واعتمر النبي صلى الله عليه وسلم عمرتين قبل أن يخرج فلم يعتسب بعمره الحديبية ، كذا في الصحيحين وكلهن في ذي القعدة على ما هو الحق .

[الأولى] عمرة الحديبية سنة ست فصد بها فحرق الحدي بها وحلق هو وأصحابه ورجع إلى المدينة .
[الثانية] عمرة القضاء في العام المقبل ، وهي قضاء عن الحديبية ، هذا مذهب أبي حنيفة ، وذهب مالك إلى

وقد اختلف السلف في ذلك ، وكان عمر ينهى عنها ويقول : الحج في الأشهر والعمرة في غيرها أكل تلجكم وعمرتكم . والصحيح جوازها بلا كراهة بدليل ما روى البخاري في صحيحه بإسناده إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه اعتمر في ذي القعدة أربع عمر لا إلى اعتمر مع حجة . وأما كراهتها في الأيام الخمسة فهي مذهبتنا ، وقال الشافعي رحمه الله : لا تكره ، وما ذكره في الكتاب ظاهر . وقوله (والأظهر من المذهب ما ذكرناه) يعني

(قوله وكان عمر رضي الله عنه ينهى عنها يقول ألغى) قوله : أنه يقول بعد النبي .

(١) الرشك : بهاء الراء وسكون اللامية : الكثير البنية ، ولقب يزيد بن أبي ربيعة بالنسي أسبب أهل زمانه ، أفاده القاسمي كذا في نسخة .

أنها مستأنفة لاقضاء عنها ، وتسمية الصحابة وجميع السلف إياها بعمره القضاء ظاهر في خلافه ، وتسمية بعضهم إياها بحجرة القضية لابتغيه ، فإنه اتفق في الأولى مقاضاة النبي صلى الله عليه وسلم أهل مكة على أن يأتي من العام المقبل فيدخل مكة بعمره ويقم بها ثلاثاً ، وهذا الأمر قضية تصح إضافة هذه العمرة إليها ، فلها عمرة كانت عن تلك القضية فهي قضاء عن تلك القضية فتصح إضافتها إلى كل منهما فلا تستلزم الإضافة إلى القضية نفي القضاء ، والإضافة إلى القضاء يفيد ثبوته فيثبت مفيد ثبوته بلا معارض . وأيضاً فالحكم الثابت فيمن شرع في إحرام بنفسك فلم يتمه لإحصار فعل أن يقضى هذه . يحتمل القضاء فوجب حملها عليه ، وعدم نقل أنه عليه الصلاة والسلام أمر الذين كانوا معه بالقضاء لا يفيد ذلك ، بل المفيد له نقل العلم لعدم النقل . نعم هو مما يؤنس به في عدم الوقوع لأن الظاهر أنه لو كان لنقل ، لكن ذلك إنما يعتبر لو لم يكن من الثابت ما يوجب القضاء في مثله على العموم فيجب الحكم بملهمهم به وقضائهما من غير تعيين طريق علمهم .

[الثالثة] عمرته التي عمرها مع حجته على ما أسلفنا إثباته من أنه صلى الله عليه وسلم حج قارناً أو التي تمتع بها إلى الحج على قول القائلين بأنه حج متمتعاً ، أو التي اعتمرها في سفره ذلك على قول القائلين بأنه أفرد واعتمر ، ولا عبرة بقول الرابع .

[الرابعة] عمرته من الجعرانة لما أخرج صلى الله عليه وسلم إلى حنين ودخل بهذه العمرة إلى مكة ليلاً وأخرج منها ليلاً إلى الجعرانة فبات بها ، فلما أصبح وزالت الشمس خرج في بطن مرف حتى جامع في الطريق ، ومن ثم خضيت هذه العمرة على كثير من الناس . ولما أتته كلهن في ذي القعدة فلما ثبت عن عائشة وابن عباس رضي الله عنهم لم يعتبر رسول الله صلى الله عليه وسلم إلا في ذي القعدة . وأما ما في الصحيحين من حديث أنس رضي الله عنه أنه قال : « اعتمر رسول الله صلى الله عليه وسلم أربع عمر كلهن في ذي القعدة ، إلا التي مع حجته » : عمرة من الحديبية أو زمن الحديبية في ذي القعدة ، وعمرة من العام المقبل في ذي القعدة ، وعمرة من الجعرانة حيث قسم غنائم حنين في ذي القعدة ، وعمرة مع حجته فلا ينافيه لأن عمرة القرآن كان في ذي القعدة وفعلها كان في ذي الحجة فصح طريقا الإثبات والنفي . وأما قول ابن عمر إن النبي صلى الله عليه وسلم اعتمر أربعاً إحداهن في رجب ، فقد قالت عائشة لما بلغها ذلك : يزعم الله أباً عبد الرحمن ما اعتمر رسول الله صلى الله عليه وسلم عمرة قط إلا وهو شاهد ، وما اعتبر في رجب قط . وأما ما رواه الدارقطني عن عائشة وتخرجت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في عمرة في رمضان ، فقد حكم الحفاظ بطلان هذا الحديث ، إذ لا خلاف أن عمره كلها لم ترد عن أربع ، وقد عينا أنس وعدها وليس فيما ذكر شيء منها في غير ذي القعدة سوى التي مع حجته ، وقد جمع بما ذكرناه من الوجه الصحيح ، فلو كانت له عمرة في رجب وأخرى في رمضان لكانت ستاً ، ولو كانت أخرى في شوال كما هو في سنن أبي داود عن عائشة « أنه عليه الصلاة والسلام اعتمر في شوال كانت سبعاً » ، والحق في ذلك أن ما أمكن الجمع فيه ونج ارتكابه دفعا للمعارضة ، وما لم يمكن الجمع فيه حكم بمقتضى الأصح والأثبت ، وهذا أيضاً يمكن فيه الجمع بإعادة عمرة الجعرانة فإنه يخرج إلى حنين في شوال والإحرام بها في ذي القعدة فكان

فيصبح الشروع (والعمره سنة) وقال الشافعي رحمه الله : فريضة لقوله عليه الصلاة والسلام « العمره فريضة كفريضة الحج » ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « الحج فريضة والعمره تطوع » ولأنها غير موقته بوقت وتتأدى بنية غيرها كما في فائت الحج ، وهذه أماره التثنية .

مجازا للقرب ، هذا إن صح وحفظ وإلا فالمعول عليه الثابت ، والله أعلم ، ولما ثبت أن عمره صلى الله عليه وسلم كانت كلها في ذى القعدة وقع تردد لبعض أهل العلم في أن أفضل أوقات العمره أشهر الحج أو رمضان ، ففي رمضان ما قدمناه مما يدل على الأفضلية ، ولكن فعله لما لم يقع إلا في أشهر الحج كان ظاهرا أنه أفضل إذ لم يكن الله سبحانه وتعالى يختار لنتيجه إلا ما هو الأفضل ، أو أن رمضان أفضل بتصميمه صلى الله عليه وسلم على ذلك ، وتركه لذلك لاقرانه بأمر يخصه كاشتغاله بعبادات أخرى في رمضان تبتلا ولأيشق على أمته ، فإنه لو اعتمر فيه لخرجوا معه ، ولقد كان بهم رحيا ، وقد أشير في بعض العبادات أن تركه لما لتلا يشق عليهم مع محبته له كالقيام في رمضان بهم وعبته لأن يسبق بنفسه مع سقاة زمزم ثم تركه كي لا يعطيه الناس على مقاييمهم ، ولم يعتمر عليه الصلاة والسلام في السنة إلا مرة ، وما ظنه بعضهم من حديث في أبي داود عن عائشة رضى الله عنها « أن النبي صلى الله عليه وسلم اعتمر عمرتين عمره في ذى القعدة وعمره في شوال » وليس المراد ذكر جميع ما اعتمر عليه الصلاة والسلام للعلم بأنه اعتمر أكثر ، فكان المراد ذكر أنه وقع له ذلك في سنة يجب أن يحكم فيه بالقط ، فإنه قد تظافر قول عائشة وابن عباس وأئسن وغيرهم على أنها أربع ، ومعلوم أن الأولى كانت في ذى القعدة عام الحديبية سنة ست ، ثم لم يعتمر إلا من قابل سنة سبع سوى التي في ذى القعدة عمره القضاء ، ثم لم يخرج إلى مكة حتى فتحها سنة ثمان في رمضان ولم يعتمر في دخوله في الفتح ، ثم أخرج إلى حنين في شوال من تلك السنة ثم رجع منها فأحرم بعمره في ذى القعدة ، فحق احتمر في شوال ؟ والله سبحانه وتعالى أعلم ، ولا علم إلا ما علم (قوله والعمره سنة) أى من أتى بها مرة في العمره فقد أقام السنة غير مقيد بوقت غير ماثبت انتهى عنها فيه ، إلا أنها في رمضان أفضل ، هذا إذا أثرها فلا ينافية أن القرآن أفضل لأن ذلك أمر يرجع إلى الحج لا إلى العمره ، فالحاصل أن من أراد الإتيان بالعمره على وجه أفضل فيها ففي رمضان أو الحج على وجه أفضل فيه فيان يقرن معه عمره (قوله وقال الشافعي رحمه الله : فريضة) وقال محمد بن الفضل من مشايخ بخارى : فرض كفاية ، وقيل هي واجبة . وجه

كرامة العمره يوم عرفة قبل الزوال وبعده ، وقوله (والعمره سنة) أى سنة مؤكدة . وقوله (ولأنها غير موقته بوقت وتتأدى بنية غيرها كما في فائت الحج وهذه أماره التثنية) استشكل بالإيمان وصلاة الجنازة فانهما فرضان وليسا بموقتين ، وبالصوم فإنه يتأدى بنية غيره وهو فرض ، وأجيب بأننا قد قلنا إن كل ما هو غير موقت ونبنى بذلك ما هو غير موقت يؤقت معين من أوقات العمر إذا وقع فيه اتقى الفرضية ، والإيمان فرض دائم فلا يرد تقضا وصلاة الجنازة موقته بوقت حضورها ، وإن الكلام فيها يكون غير موقت وصوم رمضان ليس كذلك . وأقول : مبثا هذا الاستشكال للدول عن كلام المصنف ، فإنه جعل مجموع قوله ولأنها غير موقته بوقت وتتأدى بنية غيرها أماره واحدة ، وأشار إلى ذلك بقوله وهذه أماره التثنية وحيث لا يرد عليه ذلك ، أما الإيمان فلا يرد لا غير

(قوله وصلاة الجنازة موقته الحج) أقول : وإذا استشكل بالجهاذ إذا لم يكن للتخير عالما لم يكن ما ذكره في صلاة الجنازة جوابا كما لا يخفى (قوله وإن الكلام فيما يكون غير موقت الحج) أقول : لا يكون كل واحد منهما أماره مستقلة .

وتأويل ما رواه أنها مقلدة بأعمال كالخج إذ لا تثبت الفرضية مع التعارض في الآثار :

قول الشافعي رحمه الله ما رواه الحاكم في المستدرک والدارقطني عن زيد بن ثابت قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « الحج والعمرة فريضتان لا يضرک بأيهما بدأت » قال الحاكم : الصحيح عن زيد بن ثابت من قوله اهـ . وفيه إسحاق بن مسلم المكي ضعفه . قال البخاري : منكر الحديث . وقال أحمد : حدثنا حديثه ، ورواه البيهقي عن هشام بن حسان عن محمد بن سيرين موقوفاً وهو الصحيح . وأخرج الدارقطني عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه « أن رجلاً قال : يا رسول الله ما الإسلام ؟ قال : أن تشهد أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله ، وأن تقم الصلاة ، وتؤتي الزكاة ، وأن تحج وتعمر » قال الدارقطني : إسناده صحيح ، ورواه الحاكم في كتابه المخرّج على صحيح مسلم . قال صاحب التتبع : الحديث مخرج في الصحيحين ليس فيه وتعمر ، وهذه الزيادة فيها شذوذ ، وفيه أحاديث أشرف لم تسلم من ضعف أو عدم دلالة . وأخرج الحاكم أيضاً عن ابن عمر : « ليس أحد من خلق الله تعالى إلا وعليه حجة وعمرة واجبتان على من استطاع إلى ذلك سبيلاً » وعلقه البخاري . وأخرج عن ابن عباس : « الحج والعمرة فريضتان على الناس كلهم إلا أهل مكة فإن عمرتهم طوافهم ، فليخرجوا إلى التعمير ثم ليدخلوها » الحديث ، وقال على شرط مسلم . وقال البيهقي : قال الشافعي رحمه الله في مناظرة : من أنكر عليه القول بوجوب العمرة أشبه بظاهر القرآن لأنه قرن بها بالحج . ولنا ما أخرجه الترمذي عن حجاج بن أرطاة عن محمد ابن المنكر عن جابر رضي الله عنه قال « سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن العمرة أواجبة هي ؟ قال لا ، وأن تعمّر فهو أفضل » قال الترمذي : حديث حسن صحيح ، هكذا وقع في رواية الكرخي ، ووقع في رواية غيره : حديث حسن لا غير . قيل هو الصحيح ، فإن الحجاج بن أرطاة هذا فيه مقال ، وقد ذكرنا في باب القرآن ما فيه وأنه لا يزل به عن كون حديثه حسناً والحسن حجة اتفاقاً . وإن قال الدارقطني إن الحجاج بن أرطاة لا يمتح به فقد اتفقت الرواة عن الترمذي على تحسين حديثه هذا ، وقد رواه ابن جريج عن محمد بن المنكر عن جابر ، وأخرجه الطبراني في الصغير والدارقطني بطريق آخر عن جابر فيه يحيى بن أيوب وضعفه . وروى عبد الباقي ابن قانع عن أبي هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « الحج جهاد والعمرة تطوع » وهو أيضاً حجة ، وقول ابن حزم إنه مرسل رواه معاوية بن إصحاق عن أبي صالح ماحيان الجنبي عنه عليه الصلاة والسلام ، وتضعيف عبد الباقي وما حان اعترضه الشيخ تقي الدين في الإمام بأن عبد الباقي بن قانع من كبار الحفاظ وباقي الإسناد ثقات ،

ثمة حتى يتأذى بنيت إذ هو لا يتنوع إلى فرض وتقل وكذلك صلاة الجنازة ، وأما صوم رمضان فلا أنه موقت بوقت معين . وقوله (وتأويل ما رواه) يعني قوله عليه الصلاة والسلام « العمرة فريضة » (أنها مقلدة بأعمال كالخج أو لا تثبت الفرضية مع التعارض في الآثار) فإن ما روى يدل على الفرضية وما رويناه على كونهما سنة ، وإذا تعارضت الآثار لا تثبت الفرضية لأنها لا تثبت إلا بدليل مقطوع به . فإن قيل : هو ثابت بقوله تعالى - وآتوا الحج والعمرة لله - عطف العمرة على الحج ، والحج فريضة ، وأمر بالإتمام والأمر للوجوب . أجيب بأن القرآن في النظم لا يوجب

(قال المصنف : أو لا تثبت الفرضية مع التعارض في الآثار) أقول : وفي بعض النسخ : إذ لا تثبت ولا يظهر له معنى صحيح ، ومات له الإيهام في مره تعليل لقوله مقدرة بأعمال كالخج ، وهذا لأن الأصل في هذه الدلائل التصارعة المجمع بينها إذا أمكن أحدها في المناقشة ، فإن عدم ثبوت الفرضية مع التعارض أمر ، وكون الأصل في التصور التصارعة المجمع أمر آخر . لا يصلح الثاني شرّاً للآخر كما لا يخفى على من يتأمل .

قال (وهي الطواف والسعي) وقد ذكرناه في باب التمتع ، والله أعلم .

من أن المرسل حجة عندنا ، وإنما كلامنا على التزل . قال : وتضعيف ماها من غير صحيح ، فقد وثقه ابن معين وروى عنه جماعة مشاهير وذكرهم . وقد روى أيضا من حديث ابن عباس وفي سنده مجاهد ، وروى ابن ماجه عن طلحة بن عبيد الله أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول (الحج جهاد والعمره تطوع) وفيه عمرو بن قيس . قال في الإمام : متكلم فيه اهـ . وهذا القول لا يخرج حديثه عن الحسن فلا ينزل عن مطلق الحجية . وأخرج ابن أبي شيبة من حديث أبي أسامة عن سعيد بن أبي عروبة عن أبي معشر عن إبراهيم قال : قال عبد الله بن مسعود رضي الله عنه : (الحج فريضة والعمره تطوع) وكفى بعبد الله قنوة . فيعد إرخاء العنان في تحسين حديث الترمذي تعدد طرقه يرفعه إلى درجة الصحيح على ما حققناه ، كما أن تعدد طرق الضعيف يرفعه إلى الحسن لضعف الاحتمال بها ، وقد تحقق ذلك فقام ركن المعارضة ، والافتراض لا يثبت مع المعارضة لأن المعارضة تنمعه عن إثبات مقتضاه ، ولا ينفى أن المراد من قول الشافعي رحمه الله القرض الظني وهو الوجوب عندنا ، ومقتضى ما ذكرناه أن لا يثبت مقتضى ما رويناؤه أيضا للاشتراك في موجب المعارضة . فحاصل التقرير حيثل تعارض مقتضيات الوجوب والتقل فلا يثبت ويبقى مجرد فعله صلى الله عليه وسلم وأصحابه والتابعين وذلك يوجب السنية قلنا بها ، والله سبحانه وتعالى أعلم ، ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم .

[فروع] وإن استفيد شيء منها بما تقدم فلأن لا أكره تكرارها ، فإن تعدد المواقع يوسع باب الوجدان وهو المقصود . لإحرام فالت الحج حال التحلل بالعمره لإحرام الحج عند أبي حنيفة ومحمد ، وعند أبي يوسف رحمه الله يصير إحرام عمره ، وعند زفر المحول أيضا أفعال الحج من الطواف والسعي لأنه حين عجز عن الكل فإنه يتحلل بما يقدر عليه . الثابت شرعا التحلل بعد الوقوف لا قبله ، ولا تحلل إلا بطواف بعد فوات وقت الوقوف ، فلو قدم محرم بحجة طواف وسعى ثم خرج إلى الريلة ١ مثلا فأحصر بها حتى فاته الحج فعليه أن يحل بعمره ، ولا يكتفيه طواف التحية والسعي في التحلل حتى لو كان قارنا ، والمسئلة بحالها لا يجب عليه قضاء عمرته التي قربها لأنه إذاها ، وإن كان قارنا ولم يطف شيئا حتى فاته يطوف الآن لعمرته لأنها لا تقوئ وسعى ، ولا يقطع التلبية عندها وإنما يقطعها إذا أخذ في الطواف الذي يتحلل به عن الإحرام في الحج . ومن فاته الحج فكث حراما حتى دخلت أشهر الحج من قابل فتحلل بعمره ثم حج من عامه ذلك لا يكون متممًا ، وهذا مما يدل على أن إحرام حجة باق ، إذ لو انقلب إحرام عمره كان متممًا إذ لا يمنع من التمتع تقدم إحرام العمره على أشهر الحج بعد أن أوقع أفعالها في أشهر الحج ، وليس لفات الحج أن يحج بذلك الإحرام وإن قلنا ببقائه لإحرام حج ، حتى لو مكث محرمًا إلى قابل لم يفعل أفعال عمره التحلل وأراد أن يحج ليس له ذلك لأن موجب إحرام حجه تغير شرعا بالفوات فلا يترتب عليه غير موجب ، فلا يتمكن أبو يوسف في الاستبلال بهلما على صيرورتها لإحرام عمره ، ولا فرق في وجوب

القران في الحكم ، والأمر إنما هو بالإتمام ، والإتمام إنما يكون بعد الشروع ، ونحن نقول به وإن كانت في الابتداء سنة . وقوله (وهي الطواف والسعي) ظاهر .

(١) الريلة :.. بالدال المنجمة بعد الموحدة كما في كتب الفقه ومجمع باقوت ، لا كما وقع في بعض نسخ الفتح : من سبطها بالدال المسئلة فيحلل كجه بمسسه .

(باب الحج عن الغير)

الأصل في هذا الباب أن الإنسان له أن يجعل ثواب عمله لغيره صلاة أو صوماً أو صدقة أو غيرها عند أهل السنة والجماعة ، لما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام : أنه ضحى بكبشين أملحين أحدهما عن نفسه

التحلل بعمره بين كون القنوت طل الصلوة أو بعد ما فسد بالجماع ، ولو فاته الحج فأهل "بأنحرى طائف للقاتلة ومنى ورفض إلى أدخلها ، لأنه قبل التحلل بالعمره جامع بين إحراي حجتين ، وعليه فيها ما على الرفض ، ولو نوى بهذه إلى أهل بها قضاء القاتلة لم يلزمه بهذا الإهلال شيء سوى إلى هو فيها لأن إحرامه بعد القنوت باق ، ونية إيجاد ما هو موجود لغو فيتحلل بالطواف والسعي ويقضى القاتلة فقط ، ولو كان أهل بعمره رفضها أيضاً لأنه جامع بين عمرتين إحراماً على قول أبي يوسف وعملاً على قولهما . ولو أهل رجل بحجتين فقدم مكة وقد فاته الحج تحلل بعمره واحدة لا بعمرتين لأنه بالترك والشروع رفض إحداها ، والتحلل بالعمره إنما يجب لغير ما رفض وذلك واحدة .

(باب الحج عن الغير)

إدخال اللام على غير غير واقع على وجه الصحة بل هو ملزوم الإضافة ، ولما كان الأصل كون عمل الإنسان لنفسه لا لغيره قدم ما تقدم (قوله أن يجعل ثواب عمله لغيره صلاة أو صوماً عند أهل السنة والجماعة) لا يراد به أن الخلاف بيننا وبينهم في أن له ذلك أو ليس له كما هو ظاهره ، بل في أنه ينبغي بالحمل أولاً بل بلغو جعله (قوله أو غيرها) كتلاوة القرآن والأذكار (قوله عند أهل السنة والجماعة) ليس المراد أن المخالف لما ذكر خارج عن أهل السنة والجماعة ، فإن مالكا والشافعي رضي الله عنهما لا يقولان بوصول العبادات البدنية المحضة كالصلاة والتلاوة بل غيرها كالصدقة والحج ، بل المراد أن أصحابنا لم يكال الاتباع وتمسك ما ليس لغيرهم ، فغيرهم باسم أهل السنة فكانه قال عند أصحابنا غير أن لم وصفاً غير عنهم به . وخالف في كل العبادات المعزلة وتمسكوا بقوله تعالى - وأن ليس للإنسان إلا ما سعى - وسعى غيره ليس سعيه ، وهي وإن كانت مسوقة قصداً لما

(باب الحج عن الغير)

لما كان الأصل في التصرفات أن تقع عن تصدر منه كان الحج عن الغير تخليفاً بأن يؤخر في باب على حدة . وأعلم أن من صلي أو صام أو تصدق فيجعل ثواب ذلك لغيره جاز عند أهل السنة والجماعة . وقال بعض أهل العلم : لا يجوز لقوله تعالى - وأن ليس للإنسان إلا ما سعى - وهذا ليس من سعيه ، ولأن الثواب هو الجنة وليس لأحد تمليكها لغيره لأنه ليس بمالك لها . وقتنا : لما جعل سعيه للغير صار سعيه كسعي الغير ، وله ولاية أن يصير ساعياً لغيره وأن يجعل استحقاقه للجنة لغيره . ولذا ظهر هنا فقوله (الأصل في هذا أن الإنسان له أن يجعل ثواب عمله) إشارة إلى أن ثواب الحج للأمور يجعل للأمور كذلك ، وأما نفس الحج هل يقع عن الأمر أو عن المأمور فيذكر بعيد هذا ما هو ظاهر الرواية وغيره . وقوله (بكبشين أملحين) يقال كبش أملح فيه ملحة : وهي بياض

(باب الحج عن الغير)

(قوله وقتنا لما جعل سعيه للغير صار سعيه كسعي الغير الخ) أقول : وأنت خير بأن لا يستدعي إلى ذلك الغير إذا سعى أحد له ظم يحصل الثواب .

والآخر عن أمته من أقر يوحنا بن الله تعالى وشهد له بالبلاغ وجعل تضحية إحدى الشائتين لأتمته . والمهادات أنواع : مالية محضة كالزكاة ، ودينية محضة كالصلاة ، ومركبة منهما كالصالح ، والنيابة فيرى في النوع الأول في حالي الاختيار والضرورة .

في صف إبراهيم وموسى عليهما السلام فحيث لم يتعقب إنكار كان شريعة لنا على ما عرف : والجواب أنها وإن كانت ظاهرة فيما قالوه لكن يحتمل أنها نسخت أو مقيدة ، وقد ثبت ما يوجب المصير إلى ذلك وهو ما رواه المصنف وما في الصحيحين : أنه صلى الله عليه وسلم ضحى بكبشين أملحين أحدهما عن نفسه والآخر عن أمته : والملمحة بياض يشوبه شعرات سود ، وفي سنن ابن ماجه بسنده عن عائشة وأبي هريرة رضي الله عنهما : أنه صلى الله عليه وسلم كان إذا أراد أن يضحي يشتري كبشين عظيمين ميمين أقرنين أملحين مجموعين ، فليح أحدهما عن أمته من شهد لله بالوحدانية وله بالبلاغ ، وذبح الآخر عن محمد وآل محمد ، ورواه أحمد والحاكم والطبراني في الأوسط عن أبي هريرة رضي الله عنه ، وأخرج أبو نعيم في ترجمة ابن المبارك عنه عن يحيى بن عبد الله عن أبيه سمعت أبا هريرة يقول : ضحى رسول الله صلى الله عليه وسلم بكبشين أقرنين أملحين مجموعين فلما وجههما قال : - إلى وجه وجهي - الآية ، اللهم لك ومنك عن محمد وأمته ، باسم الله والله أكبر ، ثم ذبح ، ورواه الحاكم وقال : صحيح على شرط مسلم ينقص في المتن . ورواه ابن أبي شيبة عن جابر : أنه صلى الله عليه وسلم أتى بكبشين أملحين عظيمين أقرنين مجموعين ، فأضجع أحدهما وقال : بسم الله والله أكبر ، اللهم عن محمد وآل محمد ، ثم أضجع الآخر وقال : بسم الله والله أكبر ، اللهم عن محمد وأمته من شهد لك بالوحد وشهد لي بالبلاغ ، وكلما رواه إصاحق ، وأبو يعلى في مسنديهما : وروى هذا المعنى من حديث أبي رافع رواه أحمد وإصاحق والطبراني والبرزاني والحاكم . ومن حديث حذيفة بن أسيد الغفاري أخرجه الحاكم في الفضائل . ومن حديث أبي طلحة الأنصاري رواه ابن أبي شيبة ومن طريقه ، رواه أبو يعلى والطبراني . ومن حديث أنس بن مالك رواه ابن أبي شيبة أيضاً والدارقطني ، فقد روى هذا عن عدة من الصحابة وانتشرت مخرجه ، فلا يبعد أن يكون القدر المشترك وهو أنه ضحى عن أمته مشهوراً يجوز تقييد الكتاب به بما لم يجعله صاحبه ، أو ننظر إليه وإلى ما رواه الدارقطني : أن رجلاً سأله صلى الله عليه وسلم فقال : كان لي أبوان أبرهما حال حياتهما فكيف لي ببرهما بعد موتهما ؟ فقال له صلى الله عليه وسلم : إن من البر بمنالمت أن تصلي لهما مع صلاتك ، وتصوم لهما مع صيامك ، وإلى ما رواه أيضاً عن علي عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال : من مر على القبر فقرأ - قل هو الله أحد - إحدى عشرة مرة ثم وهب أجرها للأموات أعطى من الأجر بعدد الأموات ، وإلى ما عن أنس أنه سأله صلى الله عليه وسلم فقال : يا رسول الله إنا نتصدق عن موتانا ونحج عنهم وتدعوهم فهل يصل ذلك إليهم ؟ قال نعم ، إنه يصل إليهم ولهم ليفرحون به كما يفرح أحدكم بالعليق إذا أهدى إليه ، رواه أبو حفص الكبير المعبري ، وعنه صلى الله عليه وسلم : أقرعوا علي موتاكم يس ، رواه أبو داود . فهذه الآثار وما قبلها وما في السنة أيضاً من ثوابها من كثرة قد تركناه لحال الطول يبلغ القدر المشترك بين الكل ، وهو أن من جعل شيئاً من الصالحات لغية لله - بـ مبلغ

يشوبه شعرات سود . وهي من لون الملح ، وكلامه واضح ، وقوله (في حالي الاختيار والضرورة) أي حالة

(قال المصنف : والآخر عن أمته من أقر يوحنا بن الله تعالى وشهد له بالبلاغ) قوله : استثنى عن أمته الصلوة .

لحصول المقصود بفعل النائب ، ولا تجرى في النوع الثاني بحال لأن المقصود وهو إتيان النفس لأحصل به ، وتجري في النوع الثالث عند العجز للمعنى الثاني وهو المشقة بتقيص المال ، ولا تجرى عند القدرة لعدم إتيان النفس ، والشرط العجز الدائم إلى وقت الموت لأن الحج فرض العمر ، وفي الحج النفل تجوز الإنابة بحالة القدرة لأن باب النفل أوسع ، ثم ظاهر المذهب أن الحج يقع عن المحجوج عنه

التواتر ، وكذا ما في كتاب الله تعالى من الأمر بالدعاء للوالدين في قوله تعالى - وقل رب ارحمهما كما ربياني صغيرا - ومن الإخبار باستغفار الملائكة للمؤمنين قال تعالى - والملائكة يسبحون بحمد ربهم ويستغفرون لمن في الأرض - وقال تعالى في آية أخرى - الذين يعملون العرش ومن حوله يسبحون بحمد ربهم ويؤمنون به ويستغفرون للذين آمنوا - وساق عبارتهم - ربنا وسعت كل شيء رحمة وعلما فاغفر للذين تابوا واتبعوا سبيلك - إلى قوله - وقهم السبائح - قطعي في حصول الانتفاع بعمل الغير فيخالف ظاهر الآية التي استدلوا بها ، إذ ظاهرها أنه لا ينفع استغفار أحد لأحد بوجه من الوجوه لأنه ليس من سعيه فلا يكون له منه شيء فقطعنا بانتفاء إرادة ظاهرها على صرافته فتشيد بما لم يبه العامل وهو أولى من النسخ ، أما أولا فلأنه أجل إذ لم يطل بعد الإرادة ، وأما ثانيا فلأنها من قبيل الإخبارات ولا يجري النسخ في الخبر ، وما يتوهم جوابا من أنه تعالى أخبر في شريعة إبراهيم وموسى عليهما السلام أن لا يجعل الثواب لغير العامل ثم جعله لمن بعدهم من أهل شريعتنا حقيقة مرجعه إلى تقييد الإخبار لا إلى النسخ إذ حقيقته أن يراد المعنى ثم ترفع إرادته ، وهذا تخصيص بالإرادة بالنسبة إلى أهل تلك الشرائع ولم يقع نسخ لهم ، ولم يرد الإخبار أيضا في حقا ثم نسخ . وأما جعل اللام في الإنسان بمعنى على فيبعد من ظاهرها ومن سياق الآية أيضا ، فإنها وعظ للملئ تولى وأعطى قليلا وأكلدى ، وقد ثبت في ضمن إبطالنا بقول المعتزلة انتفاء قول الشافعي ومالك رحمهما الله في العبادات البدنية بما في الآثار ، والله سبحانه هو الموفق (قوله حصول المقصود)

الصحة والمرض (لحصول المقصود) وهي إتيان النفع إلى الفقراء . وقوله (لا يحصل به) أى بفعل النائب . وقوله (وهي المشقة بتقيص المال) يعنى أن المرء كما تلحقه المشقة عند فعله بنفسه تلحقه أيضا عند فعل غيره إذا كان بحاله (والشرط العجز الدائم إلى وقت الموت لأن الحج فرض العمر) وما هو كذلك لا يتعين بوقت معين ، وكلتا المقدمتين ظاهرة ، فالحج لا يتعين بوقت معين ، فإن لم يكن العجز دائما وقد أصبح عن نفسه ثم زال عنه العجز كان قادرا على أصله في وقته وذلك يطل النيابة . فإن قيل : القدرة على الأصل تبطل الخلف قبل حصول المقصود بالخلف وقد حصل المقصود بالخلف وهو حصول المشقة بتقيص المال . فالجواب أنا لم نسلك في هذه المسئلة مسلك الأصل والخلف . وإدعائنا بأن الحج مركب من أمرين : أحدهما يحتمل النيابة والآخر لا يحتملها ، فمعلمنا بأحدهما عند القدرة فلم تجوز النيابة وبالأخر عند العجز فجوزناها ، لكن شرطنا لكونه وظيفة العمر أن يكون العجز دائما لما مر . واعترض بأن كونه وظيفة العمر لا يصلح ذليلا على اشتراط العجز الدائم لتخلفه عنه فإنه شرط لجواز القدية للشيخ لقائى عن الصوم والصوم ليس وظيفة العمر . والجواب أن الدليل يستلزم المدلول ولا ينعكس ، فكل ما كان وظيفة العمر يشترط فيه العجز الدائم ، ولا يلزم أن كل ما يشترط فيه العجز الدائم

(قوله فليجربها أنا لم نسلك في هذه المسئلة مسلك الأصل والخلف) أقول : مسلك الأصل والخلف طريق مبيوك للأصحاب إذ سلكه هنا لا وجه له الباب ؟ (قوله لا يصلح ذليلا على اشتراط العجز الدائم لتخلفه عنه فإنه شرط لجواز الخ) أقول : صغير فإنه راجع إلى العجز (قوله) والجواب أن الدليل يستلزم المدلول (الخ) أقول : أى قوله .

وبذلك تشهد الأخبار الواردة في الباب كحديث الخُصْمية فإنه صلى الله عليه وسلم قال فيه «حجى عن أبيك واعتبرى» وعن محمد رحمه الله: أن الحج يقع عن الحاج، وللأمر ثواب النفقة لأنه عبادة بدنية، وعند المجز أقيم

المقصود الأصلي من التكاليف الابتلاء ليظهر من المكلف ماسبق العلم الأزل بوقوعه منه من الامتثال بالصبر على ما أمر به تاركاً هوى نفسه لإقامة أمر ربه سبحانه وتعالى فيثاب، أو المخالفة فينبى عنه، أو يعاقب فتتحقق بذلك آثار صفاته تعالى - فإنه تعالى اقتضت حكمته الباهرة وكفال فضله وإحسانه أن لا يعذب بما علم أنه سيقع من المخالفة قبل ظهوره عن اختيار المكلف. ثم من التكاليف العبادات وهى بدنية ومالية ومركبة منهما، والمشقة في البدنية تنقيد الجوارح والنفس بالأفعال المخصوصة في مقام الخدمة. وفى المالية في تنقيص المال المحبوب للنفس، وفيها مقصود آخر وهو سدّ خلة المحتاج، والمشقة فيها ليس به بل بالتنقيص فكل ما تنقص المشقة لا يخرج عن عهده إلا بفعله بنفسه إذ بذلك يتحقق مقصود الابتلاء والاختيار فلما لم تجز النيابة في البدنية لأن فعل غيره لا يتحقق به الإشتاق على نفسه بمخالفة هواها بالصبر عليه. وأما المالية فما فيه المشقة من أحد مقصود بها وهو تنقيص المال بإخراجها لم تجز فيه النيابة ولا يقوم به غيره إذ لا بد من إذنه. والواقع من النائب ليس إلا المناولة للفقير، وبه يحصل المقصود الآخر الذى هو من حيث هو لا مشقة به على المالك. وعلى هذا كان مقتضى القياس أن لا تجزى النيابة في الحج لتضمنه المشقتين البدنية والمالية، والأولى لم يتم بالأمر لكنه تعالى رخص في إسقاطه بتحمل المشقة الأخرى: أى إخراج المال عند العجز المستمر إلى الموت رخصة وفضلاً، وذلك بأن يدفع نفقة الحج إلى من يجز عنه، بخلاف حال القدرة فإنه لم يعمره لأن تركه فيها ليس إلا مجرد إثبات راحة نفسه على أمر ربه، وهو بهذا يستحق العقاب لا التخفيف في طريق الإسقاط وإنما شرط دوامه إلى الموت لأن الحج فرض العمر، فحيث تعلق به خطابه لقيام الشروط وجب عليه أن يقوم هو بنفسه في أول أحوال الإمكان، فإذا لم يفعل أمم وقرر القيام بها بنفسه في ذمته في مدة عمره وإن كان غير متصف بالشروط، فإذا عجز عن ذلك بعينه وهو أن يعجز عنه في مدة عمره رخص له الاستئابة رخصة وفضلاً منه، فحيث قدر عليه وقتاً ما من عمره بعد ما استأناب فيه لعجزه لحقه

تكون وظيفة العمر، وقوله (وفى الحج النفل يجوز الإثابة) ظاهر (ثم ظاهر المذهب أن الحج يقع عن المصروع عنه) يعنى الأمر (وبذلك تشهد الأخبار الواردة في هذا الباب) فإنه صلى الله عليه وسلم قال للخصمية حين قالت وإن أبى شيخ كبير لا يستطيع أن يستمسك على الراحلة أفجزئى أن أحج عنه؟ قال: نعم حجى عن أبيك واعتبرى» وعن محمد أن الحج يقع عن الحاج (يعنى المأمور (وللأمر ثواب النفقة) وصار لانفاق المأمور

(قوله فإنه صلى الله عليه وسلم قال للخصمية إلى قوله: حجى عن أبيك) أقول: قوله حجى عن أبيك وأحصى بقوله التنبى صلى الله عليه وسلم (قال المصنف: ثم ظاهر المذهب أن الحج يقع عن المصروع عنه) أقول: قال الإمام الشافعى في شرح الجامع الصغير: قال السرعى هذه المسئلة لتدل على أن المصروع عن المذهب فحين يجز عنه أنه أصل الحج يكون من المصروع عنه، ولا يسقط به فرض الحج من الحاج. وعن محمد المصروع عنه ثواب النفقة، فلما الحج يكون من الحاج، وفى التقاطع من أبي حنيفة وأبى يوسف وجههما الله طه، ولفظ الكتاب يوم علاه. وفى الكفاية ظاهر رواية الأصل أن الحج عن المصروع عنه، وفى شرح بكر من الحج على قول طهانيا. وقال الشافعى من الأمر. وفى زيادات برهان قيل من المصروع عنه، وإليه مال السرعى رحمه الله، وقيل من الحاج وإليه مال بكر، ولكن لا يسقط عنه فرض الحج فيكون نقلاً عن لأن فرض الحج لا يتأذى إلا بنية الفرض أو يطلق التنية ولم توجه وإنما وجدت التنية من الأمر. اهـ قال الشافعى أكل الذين، قال شيخ الإسلام: إن هذا القول مال عامة المتأخرين. اهـ وقال العلامة الزيلعى: والمصحيح الأول، ولعلنا لا يسقط به الفرض عن المأمور وهو الحاج اهـ

ظهر انتفاء شرط الرخصة ، فلذا لو أحج عنه غيره لمرض يرجى زواله أولا ، أو كان محبوسا كان أمره مراعى إن استمر بملك المانع حتى مات ظهر أنه وقع مجزيا ، وإن عوفي أو خلع من السجن ظهر أنه لم يقع مجزيا وظهر وجوب المباشرة بنفسه ، ولو أحج صحيح غيره ثم عجز لا يجزيه ، كذا في فتاوى قاضيخان وهو الصحيح - لأنه أذن قبل وجود سبب الرخصة . ولا يتأخّل خلاف هذا بما في الفتاوى أيضا ، قال : إذا قال رجل لله على ثلاثون حجة فأحج عنه ثلاثين نفسا في سنة واحدة ، إن مات قبل أن يحج ، وقت الحج جاز عن الكل لأنه لم تعرف قدرته بنفسه عند محج . وقت الحج فجاز ، وإن جاء وقت الحج وهو يقدر بطلت حجة لأنه يقدر بنفسه عليها فانهدم شرط محضة الإحجاج في هذه السنة . وعلى هذا كل سنة محج . وفيها المرأة إذا لم تجد محرما لا يخرج إلى الحج إلى أن تبلغ الوقت الذي تعجز عن الحج فيه فحينئذ تبعث من يخرج عنها . أما قبل ذلك فلا يجوز لتوهم وجود المحرم ، فإن بشت رجلا إن دام عدم وجود المحرم إلى أن ماتت فذلك جائز كالمرضى إذا أحج عنه رجلا ودام المرض إلى أن مات . واعلم أن ما تقدم في أول كتاب الحج من كون شرط الإحجاج عن المريض محج في الوقت وهو قادر فلا يصح حتى يعرض المانع ويلوم إلى الموت ، فلو أوصى قبل الوقت فأت لا يصح . وقد نمنا من اختلاف زفر ويعقوب في نصراني أسلم أو صبي بلغ فات قبل إدرالك الوقت وأوصيا بحجة الإسلام أن الوصية باطلة على قول زفر لما قلنا ، وجائز على قول أبي يوسف لأن السبب يقرر في حقهما والوقت شرط الأداء . وفيه نظر أولا في كونه شرط الأداء بل هو شرط الوجوب . والسبب وإن كان هو البيت لكن الموصي به ليس مطلق الحج ليلزم الوثقة إن وسع الثلث بل الحج القرض وقد تحققنا عدمه عليها إلى أن مات ، فقول زفر أنظر . وفي البدائع لو كان فقيرا صحيح البدن لا يجوز حج غيره عنه لأن المال شرط الوجوب ، فإذا لا مال لا وجوب فلا ينوب عنه غيره في أداء الواجب ولا واجب حينئذ . وهذا يؤيد ما ذكرناه ، والله سبحانه أعلم . أما الحج النفل فلا يشترط فيه الصبر لأنه لم يجب عليه واحدة من المشقتين ، فإذا كان له تركهما كان له أن يتحمل أحدهما تقربا إلى ربه عز وجل فله الاستئابة فيه صحيحا . ثم إن وجوب الإيصاء إنما يثبت ابتداء إذا كان صحيح البدن عند أي حنيفة رحمه الله ، فمن لم يكن صحيحه لم يتعلق به فلا يجب عليه الإحجاج . وعندهما إذا كان له مال يتعلق به وإن كان زنا أو مقلوبا على ما سلف من أن من الشرائط عنده صحة الجوارح اخلافا لهما ، وأسلفنا في أول كتاب الحج أن قولهما رواية الحسن عنه وأنها أوجه وذكريا الوجه ثمة فليراجع . ثم اختلف في أن نفس الحج يقع عن الأمر أو عن المأمور . فمن محمد عن المأمور بناء على أنه أقيم الإتيان على الحاج مقام نفس الفعل شرعا كالشيخ الفاني حيث أقيم الإطعام في حقه مقام الصوم ، قالوا : إن بعض القروص ظاهرة في هذا وسيأتي وعليه جمع من المتأخرين صدر الإسلام والإسنيان وقاضيان ، حتى نسب شيخ الإسلام هذا لأصحابه فقال على قول أصحابنا : أصل الحج عن المأمور . ويختار خمس الأئمة السرخسي وجميع من المحققين أنه يقع عن الأمر وهو ظاهر المذهب ، ويشهد بذلك الآثار من السنة ومن المذهب بعض القروص . فمن الآثار حديث الخليفة ، وهو « أن امرأة من خثعم قالت : يا رسول الله إن فریضة الله في الحج على عباده أجركت أبي شيخا كثيرا لا يثبت على الراحة أفأحج عنه ؟ قال نعم » متفق عليه ،

كذلك قال الأمر بنفسه ، ولكن يسقط أصل الحج عن الأمر لأنه عبادة بدنية حصل العجز عن فعله ، وكل ما كان كذلك قام الإتيان فيه مقام الفعل كما في الشيخ الفاني ، فإنه لما عجز عن الصوم قامت القذية مقام الصوم .

فقد أطلق على فعلها الحج كونه عنه ، وكذا قوله للرجل « حج عن أبيك واعتمر » رواه أبو داود والنسائي والترمذي وصححه . وأما الفروع فإن المأثور لا يسقط عنه حجة الإسلام بهذه الحجة ، فلو كانت عنه لسقطت ، إذ القرض أن حجة الإسلام تأدى بإطلاق النية وتلغو الجهة على ذلك التقدير ، وفيه تأمل . ولم يستدل في البدائع بعد حديث الجمعية سوى باحتياج النائب إلى إسناد الحج إلى المصحوب عنه في النية ، ولو لم يقع نفس الحج عن الأمر لم يجمع إلى نيته . واعلم أن شرط الإجزاء كون أكثر النفقة من مال الأمر ، والقياس كون الكل من ماله إلا أن في التزام ذلك حرجا بينا لأن الإنسان لا يستصحب المال ليلا ونهارا في كل حركة ، وقد يحتاج إلى شربة ماء وكسرة خبز في بغته فأسقطنا اعتبار القليل استجسانا واعتبرنا الأكثر إذ له حكم الكل ، فإن اتفق الأكثر أو الكل من مال نفسه وفي المال المدفوع إليه وفاء لحجه رجع به فيه ، إذ قد يتنزل بالاتفاق في مال نفسه لبغته الحاجة ولا يكون المال حاضرا فيجوز ذلك ، كالوصى والوكيل يشتري لبيتم ويعطي الثمن من مال نفسه ثم يرجع به في مال اليتيم ، وحاشاك لا يشكلك ما في الكافي للحاكم الشهيد قال : أحجوا فلانا حجة ولم يقل غنى ولم يسم كم يعطى ؟ قال : يعطى قدر ما يجمع به ، وله أن لا يجمع به إذا أخذه ويصرفه إلى حاجة أخرى . قال في الميسر لأنه لما أمر بذلك إنما جعل الحج عيارا لما أوصى له به من المال ، ثم أشار عليه أن يجمع به عن نفسه فكانت الوصية صحيحة ومشورته غير ملزمة ، فإن شاء حج وإن شاء لم يجمع اه . والحاصل أنه إنما أوصى له بمال يبلغ أن يجمع به . وفي غريب الرواية للسيد الإمام ابن شجاع : رجل أوصى بأن يجمع عنه فحج عنه ابنه ليرجع في التركة ، فإنه يجوز كالدين إذا قضاه من مال نفسه . ولو حج على أن لا يرجع لا يجوز عن الميت ، ويتخيل خلفه ، في حيون المسائل قال : إذا أوصى أن يجمع عنه بعض ورثته فأجاز سائر الورثة وهم كبار جاز ، وإن كانوا صغارا أو غيبا كبارا لم يجوز لأن هذا يشبه الوصية للوراث بالنفقة فلا يجوز إلا بإجازة الورثة اه فيحمل الأول على ما إذا أمره باقي الورثة بذلك . والنفقة المشروطة ما تكفيه للذهاب ولإيابه لأنه في ذلك عامل للميت . ولو تولى مكة بعد الفراغ خمسة عشر يوما بطلت نفقته في مال الميت لأنه تولى حيث لا حاجة نفسه ، بخلاف ما إذا أقام أقل فإنه مسافر على حاله . وقال بعض المشايخ : إذا أقام أكثر من ثلاث فهي في مال نفسه لتحقق الحاجة إلى الثلاث للاستراحة لا للأكثر قالوا : هذا في زمانهم ، إذ كان يقدر على الخروج متى شاء ، أما في زماننا فلا لإعاع الناس ، فعلى هذا إذا كان مقامه بمكة أو غيرها لا ينتظر قافله فنفقته في مال الميت وإن كان أكثر من خمسة عشر يوما لأنه لا يقدر على الخروج إلا لجمعهم فلم يكن متوطنا لحاجة نفسه . فإن أقام بعد خروجها فنفقته في مال نفسه ، فإن بدا له بعد ذلك أن يرجع رجعت نفقته في مال الميت لأنه كان استحق نفقة الرجوع في مال الميت ، فهو كالناشئة إذا عادت إلى المنزل . والمضارب إذا أقام في ببلته أو بلدة أخرى خمسة عشر يوما لحاجة نفسه لم ينق من مال المضاربة ، فإن خرج مسافرا بعد ذلك عادت فيه . وقد روى عن أبي يوسف أنه لا تنود نفقته في مال الميت لأنه في الرجوع عامل لنفسه لا للميت ، لكننا قلنا : إن أصل سفره كان للميت فما بقى ذلك السفر بقيت النفقة كلها في الميسر . وذكر غير واحد من غير ذكر خلاف أنه إن نوى الإقامة خمسة عشر يوما سقطت ، فإن عا داعدت ، وإن توطنها سواء قل أو كثر لا تنود . وهذا يفيد أن التوطن غير مجرد نية الإقامة خمسة عشر يوما . والظاهر أن معناه أن يتخلها وطنا ،

فإن قيل : القولية ثبت بالنص على خلاف القياس فلا يقاس عليها غيرها . فالجواب أنه ملحق بها بطريق الدلالة ، فإن

ولا يحد في ذلك حداً فتسقط النفقة . ثم العود لإنشاء سفر لحاجة نفسه ولو بعد يومين فلا يستحق به النفقة على الميت ، والله سبحانه أعلم . وصرح في البدائع بعد نقل الرواية عن أبي يوسف قال : وهذا إذا لم يتخذ مكة داراً فأما إذا اتخذها داراً ثم عاد لاعتود النفقة بلا خلاف ، ولو كان أقام بها أياماً من غير نية الإقامة قالوا : إن كانت إقامة معتادة لم تسقط ، وإن زاد على المعتاد سقطت ، ولو تعجل إلى مكة نهى في مال نفسه إلى أن يدخل عشر ذي الحجة فتصير في مال الأمر ، ولو ضلّك طريقاً أبعد من المعتاد إن كان مما يسلكه الناس في مال الأمر وإلا ففي مال نفسه ، ومادام مشغولاً بالعمرة بعد الحج تنقضته في مال نفسه لأنه عاين نفسه ، فإذا فرغ عادت في مال الميت ، ولو كان بدأ بالعمرة لنفسه ثم حج عن الميت قالوا : يضمن جميع النفقة لأنه خالف الأمر ، وسندكر ذلك إن شاء الله تعالى . في فتاوى قاضيهان : لو ضاعت النفقة بمكة أو بقرب منها أولم يبق : يعني فتيق فأتق من مال نفسه كان له أن يرجع في مال الميت وإن ناله غير قضاء ، لأنه لما أمره بالحج فقد أمره بأن يتق عنه ، ثم ذكر بعلمه بأنفسه إذا قطع الطريق على المأمور وقد أتق بعض المال في الطريق فحج وأتق من مال نفسه يكون متبرعاً فلا يسقط الحج عن الميت لأن سقوطه بطريق التسبب بإتفاق المال في كل الطريق ، ولا فرق في ذلك بين الصورتين سوى أنه قيد الأولى بكون ذلك الضميمة بمكة أو قريباً منها ، لكن المعنى الذي علل به يوجب اتفاق الصورتين في الحكم وهو أن يثبت له الرجوع ، فلأن يرجع وتبرع به ، إن كان الأقل جاز وإلا فهو ضامن لماله ، والمراد بالنفقة ما يحتاج إليه من طعام ومنه اللحم وشرابه وثيابه وركوبه وثياب إحرامه ، وليس له أن يدعو أحداً إلى طعامه ولا يتصلق به ولا يقرض أحداً ولا يصرف الدراهم بالدنانير إلا بالحاجة تدعو إلى ذلك ، ولا يشتري منها ماء الوضوء بل يقيم ولا يدخل الحمام . وفي فتاوى قاضيهان : أنه أن يدخلها بالتعازف : يعني من الزمان ، ويعطى أجره الحارس من مال الأمر ، وله أن يخلط دراهم النفقة مع الرفقة ويودع المال . واختلف في شراء دهن الصراج والآذان ، قيل لا ، وقيل يشتري دهن يدفن به لإحرامه وزيته للاستصباح ، ولا يتداوى منه ولا يمتجم ولا يعطى أجره الخلاق إلا أن يوسع عليه الميت أو الوارث . وقياس ما في الفتاوى أن يعطى أجره الخلاق ولا ينفق على من يخدمه إلا إذا كان ممن لا يخدم نفسه ، وله أن يشتري دابة يركبها وحملها وقربة وإداوة وسائر الآلات ومهما فضل من الراد والأمتعة يردّه على الورثة أو الوصي إلا أن يتبرع به الوارث أو الوصي له به الميت ، وهذا لأن النفقة لا يصير ملكاً للحاج بالإحجاج وإنما يتق في دعائه وإيابه على حكم ملك الميت ، لأنه لو ملكه لكان بالاستئجار ، ولا يجوز الاستئجار على الطاعات . وعن هذا قلنا : لو أوصى أن يبيع عنه ولم يزد على ذلك كان الوصي أن يبيع عنه بنفسه ، إلا أن يكون وارثاً أو دفعه إلى وارث ليبيع فإنه لا يجوز إلا أن يبيع الورثة وهم كبار ، لأن هذا كالتبرع بالمال فلا يصح للوارث إلا بإجازة الباقيين . ولو قال الميت للوصي : ادفع المال لمن يبيع عنى لم يبر له أن يبيع بنفسه مطلقاً . وإذا علم هذا فما في فتاوى قاضيهان من قوله : إذا استأجر المعبوس رجلاً ليبيع عنه حجة الإسلام جازت الحجية عن المعبوس إذا مات في الحبس وللأجير أجره مثله مشكل . لاجزم أن الذي في الكافي للحاكم الشهيد أي التفضل في هذه المسئلة قال : وله نفقة مثله هي العيالة المحررة ، وزاد فيضاها في المبسوط فقال : وهذه النفقة ليس يستحقها بطريق العوض بل بطريق الكفاية لأنه فرغ نفسه لعمل ينتفع المستأجر

الإتفاق إذا قام مقام الصوم وهو عبادة بدنية بخضة فلأن يقوم مقام ما هو مركب من البدني والمالي أولى . قال

الإتفاق مقامه كالفدية في باب الصوم. قال (ومن أمره رجلان بأن يبيع عن كل واحد منهما حبة فأهل بحجة
 عنهما فهي عن الحاج ويضمن النفقة)

به ، هذا وإنما جاز الحج عنه لأنه لما بطلت الإجارة بقي الأمر بالحج فيكون له نفقة مثله . وإذا أراد أن يكون
 مافضل للمأمور من الثياب والنفقة يقول له : وكلتلك أن تهب الفضل من نفسك وتقضيه لنفسك ، فإن كان على
 موت قال : والباقي مني لك وصية . وفي الفتاوى : لو حج المأمور بالحج ماشيا وأمسك مثونة الكراء كان ضمانا
 مال الميت والحج لنفسه لا تصرف الأمر بالحج إلى المتعارف وهو بالزاد والراحلة . ولو أوصى أن يعطى بغيره هذا
 إلى رجل يبيع عنه فأكره الرجل وأتفق الكراء على نفسه في الطريق وحج ماشيا جاز عن الميت استحضانا هو
 المخار لأنه ملك أن يبيعه ويبيع بشفته فكلما يملك أن يوثقه . ولأنه لو لم يملك ذلك كانت الأجرة له ولا يضمن
 كالفاسب ، ويقع الحج عن المأمور فينصرف الميت به فوجب أن يملك الإجارة نظرا للميت ثم يرضى البعير إلى
 الورثة لأنه ملك مورثهم . قال أبو الليث في التوزل : وعندى أن الحج عن نفسه ويضمن نقصان البعير إلا أن
 يكون الميت فوحي إليه ذلك ، ألا ترى أن رجلا لو كل رجلا بأن يبيع بغيره بمائة فأجره بمائة لا يجوز فكلما هذا اهـ .
 ولو أوصى أن يبيع عنه فلان فوات فلان أحسوا عنه غيره . ولو اختلف المأمور والوارث أو الوصي فقال وقد
 أتفق من مال الميت منعت من الحج وكذبه الآخر لا يصدق ويضمن ، إلا أن يكون أمرا ظاهرا يشهد على صدقه
 لأن سبب الضمان قد ظهر فلا يصدق في دمنه إلا بأمر ظاهر يدل على صدقه . ولو اختلفا فقال حجبت وكذبه
 الآخر كان القول للمأمور مع يمينه لأنه يدعى الخروج عن عهدة ما هو أمانة في يده ، ولا تقبل بينة الوارث أو
 الوصي أنه كان يوم النحر بالبلد إلا أن يبقا على إقراره أنه لم يبيع. نظيره : قال المودع دفعها إليك بمكة وأقام رب
 الوديعة البينة أنه كان في اليوم الذي ادعى فيه النسخ بمكة بالكوفة لم تجز هذه الشهادة ، بخلاف ما إذا أقامها على
 إقراره أنه كان بالكوفة . أما لو كان الحاج مديونا للميت وأمره أن يبيع بماله الذي عليه وباقى المسئلة بماله فإنه
 لا يصدق في الإبينة لأنه يدعى قضاء الدين . وفي خزانة الأكل : القول له مع يمينه ، إلا أن يكون للورثة مطالب بنين
 الميت فإنه لا يصدق في حق غريم الميت إلا بالحجة . وفي فتاوى أهل سمرقند : أوصى رجلا أن يبيع عنه ولم يقدر
 فيه شيئا والوصي إن أعطى للحاج في حمل أحراج إلى ألف ومائتين أو رابعا لا في حمل يكفيه الأكل والأكثر
 يخرج من الثلث يجب الأكل لأنه المتيقن . ولو مرض الحاج عن غيره فليس له أن يبيع المال إلى غيره ليحج به ،
 إلا إذا قال له الدافع اصنع ما شئت : فهذه فوائد مهمة لا يستغنى عنها قدمناها أمام ما في الكتاب تنصيا أو تكميلا
 لفائدته . ولترجع إلى الشرح (قوله ومن أمره رجلان الخ) صور الإيهام هنا أربعة : أن يبل بحجة عنهما ، أو
 عن أحدهما على الإيهام ، أو يبل بحجة من غير تعيين للمحجوج عنه ، أو يحرم عن أحدهما بيمينه بلا تعيين لما
 أحرم به . ففي الأولى قال هي عن الحاج ويضمن النفقة . وفي الثانية قال إن مضى على ذلك الخ ، وحاصله أنه
 ما لم يشرع في الأعمال فالأمر موقوف لم ينصرف الإحرام إلى نفسه ولا إلى واحد من الآخرين ، فإن عين أحدهما قبل
 الوقوف انصرف إليه وإلا انصرف إلى نفسه ويضمن النفقة . وفي الثالثة قال في الكافي : لا نص فيه ، ويذهب إلى أن

شيخ الإسلام : وإلى هذا القول مال عامة المتأخرين . قال (ومن أمره رجلان) صورة المسئلة ظاهرة ، وذهب
 الشارحون إلى أن الدليل يغير مطابق للمدلول لأن المدلول قوله (فهي) أي الحجة (عن الحاج ويضمن النفقة)

لأن الحج يقع عن الأمر حتى لا يخرج الحاج عن حجة الإسلام ، وكل واحد منهما أمره أن يخلص الحج له من غير اشتراك ، ولا يمكن إيقاعه عن أحدهما لعدم الأولوية فيقع عن المأمور ، ولا يمكنه أن يجعله عن أحدهما بعد ذلك ، بخلاف ما إذا حج عن أبيه فإن له أن يجعله عن أبيهما شاء لأنه متبرع بجعل ثواب عمله لأحدهما أو لهما فيبقى على خياره بعد وقوعه سببا لثوابه ، وهنا يفعل بحكم الأمر ، وقد خالف أمرهما فيقع عنه . ويضمن الثقة إن أتفق من مالهما لأنه صرف ثقة الأمر إلى حج نفسه ،

يصح التحيين هنا إجماعا لعدم المخالفة . وفي الرابعة يجوز بلا خلاف . ومبنى الأجوبة على أنه إذا وقع عن نفس المأمور لا يتحول بعد ذلك إلى الأمر . وأنه بعد ما صرف ثقة الأمر إلى نفسه ذاهبا إلى الوجه الذي أخذ الثقة له لا ينصرف الإحرام إلى نفسه إلا إذا تحققت المخالفة أو عجز شرعا عن التحيين . إذا عرفنا هذا فلا إشكال في تحقق المخالفة إذا أحرِمَ بحجة واحدة عنهما وهو غنى عن الإطتاب . وما يتخيل من جعل الحجة الواحدة عن أبيه مضمحل بأن الكلام فيها إذا كان مأمورا بفعل بحكم الأمر على وزانه لا فيها إذا حج متبرعا فلا يتحقق الخلاف في تركه تعيين أحدهما في الابتداء فيحتمل التحيين في الانتهاء لأن حقيقة جعل الثواب ونقول : لو أمره كل

ودليله لأن الحج يقع عن الأمر ولا مطابقة بينهما كما ترى . ثم قال صاحب النهاية : ولكن هذا التعليل تعليل حكم غير مذكور ، وتقدير الكلام : ويضمن الثقة لأنه خالفهما ، وإنما لا يضمن الثقة إذا وافق أمر الأمر (لأن الحج) حيث لا يقع عن الأمر حتى لا يخرج الحاج عن حجة الإسلام) وهنا قد خالف فلا يقع الحج عن الأمر بل يقع عن المأمور ، فكان هذا التعليل تعليل لما إذا وقع الحج عن الأمر وهو ضرورة عدم مخالفة المأمور للأمر ، وتابعه على ذلك بعض الشارحين ، ولا يخال ذلك مقصود المصنف لأنه قال بعد هذا (ويضمن الثقة إن أتفق من مالهما لأنه صرف ثقة الأمر إلى حج نفسه) فلو كان ذلك مراده كان هذا مستلزكا . وقال بعضهم : زل فيه أقدم الشارحين حيث لم يفهموا كلام المصنف وقالوا : لا مطابقة بين الدليل والمطلوب ، ولا يوافق التعليل المذهب ، ونقل تقرير الكلام كما قلنا ثم قال : فأقول ليس الأمر كما ظنوا ولو سكنوا في هذا الموضوع لكان أولى ، بل المطابقة حاصلة بين الدليل والمطلوب بأن يقال : هي عن الحاج : أي الحجة تقع عن الحاج وهو المأمور ، ويضمن الثقة لكل واحد منهما إن أتفق من مالهما لأن الحج المؤدى في هذه يقع عن الأمر من وجه بدليل أن الحاج لا يخرج عن حجة الإسلام ، ولكن كل واحد من الأمرين أمر بأن يخلص له الحج ولم يأمر بالاشتراك ، فلما نوى عنهما جميعا خالف الأمر وقوع الحج عن الحاج وضمن الثقة لوجوه المخالفة هذا كلامه ولا أزيد على الحكاية فليتأمل فيه : وأقول بتوفيق الله تعالى : في تقرير كلامه الحج يقع عن الأمر على ظاهر الرواية حتى لا يخرج الحاج عن حجة الإسلام ، ولا يمكن عنهما إيقاعه عن الأمر لأن الأمر شخصان كل واحد منهما أمره أن يخلص الحج له من غير اشتراك وليس أحدهما أولى من الآخر فلا يقع عنهما ولا عن أحدهما فيقع عن المأمور ، لكن في كلامه إغلاق كما لا يخفى ، وهذا تعليل لقوله فهمي عن الحاج ، وأما تعليل قوله ويضمن الثقة فذكره بعيدا . فإن قيل : وإذا وقع عن الحاج فليجعل عن أبيهما شاء كما إذا أهل عن أبيه فإن له أن يجعله عن أبيهما شاء ، أجاب بقوله (ولا يمكنه أن يجعله عن أحدهما بعد ذلك) أي بعد ما وقع لنفسه وبينه في الكتاب وهو واضح .

(قوله ثم قال صاحب النهاية ، إلى قوله : وتقدير الكلام ويضمن الثقة لأنه الخ) أقول : لأقربته من هذا التقدير (قوله وقال بعضهم : زل فيه أقدم الشارحين) أقول : الظاهر هو الإتيان (قوله ولا يمكنه هنا إيقاعه عن الأمر) أقول : يعني لا يمكن أصلا ، وأراد الشارح بهذا الكلام الرد على الإتيان فله زعم أن الحج في حكم بصورة يقع عن الأمر من وجه .

وإن أبهم الإحرام بأن نوى عن أحدهما غير عين . فإن مضى على ذلك صار مخالفا لعدم الأولوية ، وإن عين أحدهما قبل المضى فكل ذلك عند أبي يوسف رحمه الله ، وهو القياس لأنه مأمور بالتعيين ، والإيهام بخالفة فيقع عن نفسه ، بخلاف ما إذا لم يعين حجة أو عمره حيث كان له أن يعين ما شاء لأن الملتزم هناك مجهول وهناك المجهول من له الحق وجه الاستحسان أن الإحرام شرع وسيلة إلى الأفعال لا مقصودا بنفسه ، والمبهم يصلح وسيلة بواسطة التعيين فاكفى به شرطا ، بخلاف ما إذا أدى الأفعال على الإيهام لأن المؤدى لا يحتفل بالتعيين فصار مخالفا .

بن الأوبن أن يحج عنه حجة الإسلام فأحرم بها جنهما كان الجواب كالجواب المذكور في الأجنبية ، فلا إشكال أن مخالفة كل منهما فيها إذا أحرم بحجة عن أحدهما لم تتحقق بمجرد ذلك لأن كلا منهما أمره بحجة وأحدهما صالح لكل منهما صادق عليه ، ولا منافاة بين العام والخاص ، ولا يمكن أن يصير للمأمور لأن نص على إخراجها عن نفسه يجعلها لأخذ الأمرين فلا يتصرف إليه إلا إذا وجد أحد الأمرين اللذين ذكرناهما ولم يتحقق بعد لأن معه مكتنة التعيين يلم يشرع في الأفعال ، بخلاف ما إذا لم يعين حتى شرع وطاف ولو شوطا لأن الأفعال لا تقع لغير معين فتقع عنه ثم ليس في وسعه أن يحولها إلى غيره . وإنما جعل له الشرع ذلك في الثواب ولولا السمع لم يحكم به في الثواب أيضا . ولا خفاء في أن إحرمه بحجة بلا زيادة ليس فيه مخالفة أحد ولا تعذر التعيين ولا يقع عن نفسه لما قسمناه . وأما الرابع فظاهر من الكل . ولو أمره رجل بحجة فأهل بحجتين إحداها عن نفسه والأخرى عن الآخر فهو مخالف لتضمن الإذن بالجمع مع كون تيقه السفر هي الحقيقة للصحة لفرد السفر للآخر . فلو رفض إلى عن نفسه جازت الباقية عن الأمر كأنه أحرم بها وحدهما ابتداء ، إذ لا إخلال في ذلك المقصود بالرفض ، والحاج عن غيره إن شاء قال لبيك عن فلان وإن شاء اكفى بالنية عنه . والأفضل أن يكون قد حج عن نفسه حجة الإسلام خروجا من الخلاف ، واستقرره إن شاء الله تعالى ، ويجوز إحصاج الحر والعبد والآبة والحرمة . وفي الأصل نص على كراهة المرأة في المبسوط : فإن أحج امرأته جاز مع الكراهة لأن حج المرأة أنقص فانه ليس عليها رمل ولا سعى في بطن الوادي ولا رفع صوت بالثلبية ولا الحلق اهـ . والأفضل إحصاج الحر العالم بالناسك الذي حج عن نفسه حجة الإسلام ، وذكر في البدائع كراهة إحصاج الصرورة لأنه تارك لفرض الحج والعبد لأنه ليس أهلا لأداء الفرض عن نفسه فيكره عن غيره . وليس للمأمور أن يأمر غيره بما أمر به عن الأمر وإن مرض في الطريق إلا أن يكون وقت الذنفع قيل له اصنع ما شئت فحيث يكون له أن يأمر غيره به وإن كان ضميحا ، وفيه لو أحج رجلا يحج ثم يقيم بمكة جاز لأن الفرض صار مؤدى ، والأفضل أن يحج ثم يعود إليه وقوله بخلاف ما إذا لم يعين حجة أو عمره ، هذه هي الصورة الرابعة فيذكرناه من صور الإيهام توهمها واردة عليه فدفع الإيراد بالقرى لأن الملتزم فيها مجهول دون الملتزم له وما نحن فيه قلبه . وسخالة الملتزم لا تمنع لما عرف في الإقرار بمجهول لمعلوم

وقوله (وإن أبهم الإحرام) ظاهر . وقوله (لأن الملتزم هناك مجهول) معناه أن جهالة الملتزم غير مانعة عن وجوب التعيين ، وأما جهالة من له الحق فهي مانعة ، ألا ترى أن الإقرار بمجهول لمعلوم جاز دون عكسه (وجه الاستحسان أن الإحرام شرع وسيلة إلى الأفعال لا مقصودا) بتكليف صفة تقديمه على وقت الأداء وهو أشهر الحج (فاكفى به) أى بالإجماع المبهم من حيث إنه شرط لأن الشرط يراعى وجودها كيفما كان ، ألا ترى أن الإنسان إذا توضأ للتبرد جاز له أن يعتلى به . وحاصله أن المقصود الأصلي هو أداء الأفعال والتعيين في ابتداءه يمكن لأنه يقع على ما عين لا على الإيهام ، بخلاف ما إذا أدى ثم عين فانه يقع على الإيهام ابتداء ، ثم التعيين يرد على ما مضى واضمحلال فلا يقيد شيئا

قال (لأن أمره غيره أن يقرن عنه فالدم على من أحرم) لأنه وجب شكرا لما وفقه الله تعالى من الجمع بين التمسكين والمأمور هو المختص بهذه النعمة لأن حقيقة الفعل منه، وهذه المسئلة تشهد بصحة المروي عن محمد رحمه الله أن الحج يقع عن المأمور (وكل ذلك إن أمره واحد بأن يحج عنه والآخر بأن يعتمر عنه وأذا له بالقران) فالدم عليه لما قلنا

حيث يصح ويؤثر به البيان، بخلافه بما هو مجهول فإنه لا يصح أصلا (قوله وإن أمره غيره أن يقرن عنه فالدم على من أحرم) وهو المأمور لا في مال الأمر، وقرن يقرن من باب نصر ينصر (لأنه وجب شكرا للجمع بين التمسكين، والمأمور هو المختص بهذه النعمة قالوا: إن هذه تشهد بصحة المروي عن محمد رحمه الله من أن الحج يقع عن المأمور) وإنما للأمر ثواب النفقة يسقط به الحج عن الأمر شرعا. وقد يقال: لا تلزم هذه الشهادة إذ لا شك أن الأفعال إنما وجدت من المأمور حقيقة غير أنها تقع عن الأمر شرعا، ووجوب هذا الدم شكرا مسبب عن الوجود الحقيقي، ولأن موجب هذا الفعل أحد أمرين من الهدى والصوم غير أن كل واحد يجب على تقدير، وأحدهما بتقديره يجب على المأمور وهو الصوم فكلما الآخر لأن كليهما موجب واحد لهذا العمل (قوله وكلما إذا أمره واحد بأن يحج عنه والآخر أن يعتمر عنه وأذا له في القران) يعني يكون الدم في ماله (لما قلنا) وتفيد بإذنتهما له بالقران لأنهما لو لم يأذنا له لقرن عنها كان مخالفا فيضمن نفقتهما، لا لأن أفراد كل منهما أفضل من قرانهما بل لما قلنا من أن أمر الأمر بالنسك يتضمن أفراد السفر له به لكان النفقة أعمى تضمن الأمر بانفاق ماله في جميع سفره ويستلزم زيادة الثواب، وفي القران عدم أفراد السفر قتلت النفقة ونقص الثواب فكان مخالفا،

قال (لأن أمره غيره أن يقرن عنه فالدم على من أحرم) رجل أمر رجلا أن يقرن عنه بضم الراء ففعل فالدم على المأمور (لأنه وجب شكرا لما وفقه الله تعالى من الجمع بين التمسكين، والمأمور هو المختص بهذه النعمة لأن حقيقة الفعل) صدرت (منه، وهذه المسئلة تشهد بصحة المروي عن محمد أن الحج يقع عن المأمور) وفيه نظر بلواز أن يكون المأخذ في كون الدم واجبا على المأمور كونه نسكا كسائر المناسك، وسائر المناسك على المأمور فكلما هذا، لا كونه شكرا لما وفقه الله تعالى من الجمع بين التمسكين لأنه مشترك الإلزام من حيث أنه لو كان كذلك لوجب على الأمر لأنه هو المنتفع بتمتة القران بسقوط حجة الإسلام عن فخته مع فضيلة القران (وكل ذلك إن أمره واحد بأن يحج عنه والآخر بأن يعتمر عنه وأذا له بالقران فالدم عليه لما قلنا) يعني قوله لأنه وجب شكرا الخ، وإنما قيد بقوله وأذا له بالقران لأنه إذا لم يأذنا له بذلك لا يجوز له أن يجمع بينهما لأجلهما، فلو قرن كان مخالفا. واضترض بأنه جعل جزء الشرط قوله فالدم عليه ووجوبه عليه ليس بمقيد بإذنتهما، فإنه لو قرن بغير إذنتهما فالدم واجب عليه أيضا، وبأنه إن خالف عند عدم الإذن خالف إلى ما هو خير وهو القران لأنه أفضل عندنا، والمخالفة إلى غير خير ضالوة. وأجيب بأنه إذا أذنا له بذلك كان مما يؤمر أنه ضرر مرضى فيكون عليهما، بخلاف ما إذا لم يأذنا فأزال الوهم بقوله وأذا له بالقران وبأن غيرية القران إنما هو بالنسبة إلى الجامع بين التمسكين لا إلى الأمر،

(قال المصنف: وهذه المسئلة تشهد بصحة المروي عن محمد رحمه الله) أقول: قال ابن الحمام: قد يقال لا تلزم هذه الشهادة إذ لا شك أن الأفعال إنما وجدت من المأمور حقيقة غير أنها تقع عن الأمر شرعا، ووجوب هذا الدم شكرا مسبب عن الوجود الحقيقي، ولأن موجب هذا الفعل أحد أمرين من الهدى والصوم، غير أن كل واحد يجب على تقدير، وأحدهما بتقديره يجب على المأمور وهو الصوم، وكلما الآخر لأن كليهما موجب واحد لهذا العمل له، وفيه تأمل (قوله وفيه نظر إلى قوله فكلما هذا الخ) أقول: نعم إلا أنه حيث يجب أن يكون من مال الأمر. وقد يقال: وجوب هذا الدم شكرا مسبب عن الوجود الحقيقي والأفعال وجدت من المأمور حقيقة فلا تلزم هذه الشهادة.

(ودم الإحصار على الأمر) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد (وقال أبو يوسف : على الحاج) لأنه وجب التحلل

هذا ولو كان واحد أمره بالحج ففرن عنه ضمن الثقة عند أبي حنيفة بخلافهما . لما أن القرآن أفضل ، فقد فعل المأمور به على وجه أحسن فلا يكون مخالفا ، كالوكيل إذا باع بأمر مما سمى له الموكل . ولأن حنيفة أنه مأمور بإتفاق المال لسفر مفرد للحج وقد خالف فيقع عن نفسه ويضمن كما لو تمتع ، ولم يتلغ بعد هذا قولهما أنه خلاف إلى خير فكان صحيحا إذ ثبت الإذن دلالة ، بخلاف التمتع فإن السفر وقع للعمرة بالذات ، ولأن الأمر بالحج تضمن السفر له وقوع إحرامه من ميقات أهل الأفاق ، والمتمتع يحرم بالحج من جوف مكة . والأوجه ما في المبسوط من أن هذه العمرة لم تقع عن الأمر لأنه لم يأمر بها ولا ولاية للحاج في إيقاع نسك عنه لم يأمر به ، ألا ترى أنه لو لم يأمر بشيء لم يجوز أدائه عنه ، فكذا إذا لم يأمر بالعمرة ، وإذا لم تكن العمرة عن الميت صارت عن نفسه وصار كأنه نواها عن نفسه ابتداء ، ويمثل امتنع التمتع لعدم وقوع العمرة عن الميت ، وما إذا أمره بعمرة ففرن عند أبي حنيفة على ما ذكر في البدائع أنه يضمن أيضا عنه كالحج إذا قرن عنه ، ولو أمره بالحج ففرن معه عمرة لنفسه لا يجوز ويضمن اتفاقا فكذا هذا . قال في المبسوط : إلا أنه ذكر ابن مائة عن أبي يوسف أنه وإن نوى العمرة عن نفسه لا يصير مخالفا ، ولكن يرد من الثقة بقدر حصص العمرة لأنه مأمور بتحصيل الحج عنه بجميع الثقة ، فإذا ضم إليه عمرة لنفسه فقد حصل له ببعض الثقة وهو خلاف إلى خير كالوكيل يشراء عبدا بألف إذا اشتراه بخمسمائة . قال شمس الأئمة وليس هذا بشيء فإنه مأمور بتجريد السفر للميت ثم ، ويحصل للميت ثواب الثقة فبذلك يضمنه الثواب بقدره ، فكان هذا الخلاف ضررا عليه ، ولا إشكال أنه إذا بدأ بعمرة لنفسه يضمن للمخالفة ولا تقع الحجة عن حجة الإسلام عن نفسه لأنها أقل ما يقع بإطلاق النية وهو قد صرفها عنه في النية ، وفيه نظر . ولو حج عن الميت ثم اعتمر لنفسه بعد الحج ، فعند العامة لا يكون مخالفا على قول أبي حنيفة ، ولو أمره بعمرة ففرن فهو على الخلاف بين الثلاثة ، إلا أن على قولهما ببقاء ما بقي من الحج بعد أداء العمرة تكون ثقته فيه على نفسه لأنه في ذلك حامل لنفسه . ولو اعتمر ثم أحرم بالحج بعد ذلك عن نفسه لم يكن مخالفا لأنه فعل ما أمر به وهو أداء العمرة بالسفر ، وإنما فعل بعد ذلك الحج فاشتغاله به كاشتغاله بعمل آخر من التجارة وغيرها وثقته مقداره مقامه للحج من ماله . وروى ابن مائة عن محمد : إذا حج المأمور بالحج عن الميت فطاف بالحجة وصلى ثم أضاف عمرة عن نفسه لم يكن مخالفا لأن هذه العمرة واجبة الرضى فكانت كعملها ، ولو كان جمع بينهما : أي قرن ثم لم يطف حتى وقف بعمرة ورفض العمرة لم ينقض ذلك وهو مع ذلك مخالف ، لأنه لما أحرم بهما جميعا فقد صار مخالفا على ما ذكرناه عن أبي حنيفة فوجب الحجة عن نفسه فلا يحتمل النفل بعد ذلك برفض العمرة (قوله ودم الإحصار الخ) للتمام الواجبة في الحج إما دم الإحصار وهو على الأمر عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف على

ولهذا إذا كان مأمورا بالحج وفرن عنه أبو حنيفة مخالفا ولم يعتبر ذلك (ودم الإحصار على الأمر عند أبي حنيفة ومحمد) وقال أبو يوسف : على الحاج) وجهها على ما ذكر في الكتاب واضح . واعترض على قوله إن الأمر هو الذي أدخله في هذه المهددة بأن الأمر إذا أمر بالقرآن فهو الذي أدخل المأمور في عمدة الدم ولا يجب عليه . وأجيب بأن دم القرآن نسك ، وقد دفع الأمر الثقة بمقابلة جميع ما كان من المناسك وهو من جعلها ، بخلاف دم الإحصار

(قوله ولهذا إذا كان مأمورا بالحج وفرن عنه أبو حنيفة وجه الله مخالفا) أقول : لأن العمرة وقعت المأمور إذا لم ينظمها الأمر فلازم الحج التمسك ، والحج المفرد غير من التمسك فنقل (قوله وأجيب بأن دم القرآن نسك وقد دفع الأمر الثقة إلى قوله بخلاف دم الإحصار) أقول : فربما يكون من مال الأمر ، والمتخصص خلاف ذلك .

دفعاً لضرر امتداد الإحرام ، وهذا راجع إليه فيكون الدم عليه . ولما أن الأمر هو الذي أدخله في هذه المهلة فعليه خلاصه (فإن كان يحج عن ميت فأحصر فالدّم في مال الميت) عندهما خلافاً لأنّ يوسف رحمه الله ، ثم قيل : هو من ثلث مال الميت لأنه صلة كالزكاة وغيرها . وقيل من جميع المال لأنه وجب حقاً للمأمور فصار ديناً (ودم الجماعة على الحاج) لأنه دم جنابة وهو الجاني عن اختيار (ويضمن النفقة) معناه : إذا جامع قبل الوقوف حتى فسد حجه لأن الصحيح هو المأمور به ، بخلاف ما إذا فاته الحج حيث لا يضمن النفقة لأنه ما فاته باختياره . أما إذا جامع بعد الوقوف لا يفسد حجه ولا يضمن النفقة للحصول مقصود الأمر ، وعليه الدم في ماله لما بينا : وكذلك سائر دماء الكفارات على الحاج لما قلنا (ومن أوصى بأن يحج عنه فأحجوا عنه رجلاً فلما بلغ الكوفة مات

المأمور ، فإن كان المصحج عنه ميتاً في ماله عندهما ، ثم هل هو من الثلث أو من كل المال ؟ خلاف بين المشايخ وتقرير الوجه من الجانبين ظاهر من الكتاب فلا تغليل به ، ثم يجب عليه الحج من قابل بمال نفسه وإما دم القران وقد تقدم ، قالوا : هذا ودم القران يشهدان لمحمد رحمه الله ، وقد تكلمنا في دم القران . وأما كون حج القضاء من مال نفسه فلا نعلم لم يتم الأفعال بسبب الإحصار ، وإنما يقع ما هو مسمى الحج عنه ولم يتحقق ، وإما دم الجنابة كجزء صيد وطيب وشعر وجاع في مال الحاج اتفاقاً لأنه هو الجاني عن اختيار ، والأمر بالحج لا ينتظم الجنابة بل ينتظم ظاهراً عندهما فيكون مخالفاً في فعلها فيثبت موجباً في ماله ، ثم إن كان الجماعة قبل الوقوف حتى فسد الحاج ضمن النفقة للمخالفة وعليه القضاء لا يشكل كونه في مال نفسه ، وإن كان بعده لا يفسد ولا يضمن النفقة ، ولو فاته الحج لا يضمن النفقة لعدم المخالفة فهو كالحصر وعليه الحج من قابل بمال نفسه ، ولو أتم الحج إلا طواف الزيارة فرجع ولم يطفه لا يضمن النفقة ، غير أنه حرام على النساء ويعود بنفقة نفسه ليقضى ما بقى عليه لأنه جاز في هذه الصورة ، أما لومات بعد الوقوف قبل الطواف جاز عن الأمر لأنه أدى الركن الأعظم ، وإما دم رفض النسك ولا يتحقق ذلك إذا تحقق إلا في مال الحاج ، ولا يبعد أنه لو فرض أنه أمره أن يحرم بمجتنبين مع فعل حتى ارتفضت إحداهما كونه على الأمر ولم أره ، والله تعالى أعلم (وقوله ومن أوصى بأن يحج عنه الخ) لاختلاف أن

فإنه ليس بالنسك ولم يكن معلوماً عند الأمر أيضاً . وقوله (لأنه صلة) الصلة عبارة عن أداء ما لا يكون في مقابلته عوض مالي . وقوله (وبغيرها) يعني النذور والكفارات . وقوله (لأنه وجب حقاً للمأمور) يعني بإدخاله الأمر في هذه المهلة ديناً على الميت والدين على جميع المال . وقوله (لأن الصحيح هو المأمور به) أي الحج الصحيح هو المأمور به دون الفاسد ، فإذا أسدده لم يقع مأموراً به فكان واقعاً عن المأمور فيضمن ما أتفق على حجه من مال غيره ، ثم إذا قضى الحج في السنة الثانية حل وجه الصحة لا يسقط بسبب الميت لأنه لما خالف في السنة الماضية بالإفصاء صار الإحرام واقعاً عن المأمور والحج الذي يأتي به في السنة القابلة قضاء ذلك الحج فكان واقعاً عن المأمور أيضاً . وقوله (لما بينا) إشارة إلى قوله لأنه دم جنابة وهو الجاني عن اختيار . وبما ذكرنا علم أن النداء ثلاثة أنواع : دم نسك كدم القران والتمتع ، ودم جنابة كجزء الصيد ونحوه ، ودم مثة كدم الإحصار . قال في المبسوط : كل دم يلزم المحجّز : يعني الحاج عن الغير فهو عليه في ماله ، لأنه إن كان نسكاً فإقامة الناسك عليه ، وإن كان كفارة فالجنابة وجبت منه ، وإن كان دماً بترك واجب فهو الذي ترك ما كان واجباً فعلها كانت هذه النداء عليه لإدراك الإحصار فإنه في مال الأمر في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ، وقد ذكرناه . وقوله (لما قلنا) إشارة إلى قوله وهو الجاني عن اختيار . قال (ومن أوصى بأن يحج عنه) بصورة

أو سرفت نفقته وقد اتفق النصف يبيع عن الميت من منزله بثلث ما بقي (وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله) وقالوا :
 يبيع عنه من حيث مات الأول (فالكلام ههنا في اعتبار الثلث وفي مكان الحج . أما الأول فالمدكور قول أبي
 حنيفة رحمه الله . أما عند محمد يبيع عنه بما بقي من المال المدفوع إليه إن بقي شيء ولا بطلت الوصية اعتبارا
 بتعيين الوصى إذ تعيين الوصى كتعيينه وعند أبي يوسف رحمه الله يبيع عنه بما بقي من الثلث الأول لأنه هو المخل
 لتنفيذ الوصية . ولأبي حنيفة أن قسمة الوصى وعزله المال لا يصبح إلا بالتسليم إلى الوجهة الذي ساء الوصى لأنه
 لا خصم له ليقبض ولم يوجد التسليم إلى ذلك الوجه فصار كما إذا هلك قبل الإفراز والعزل فيخرج بثلث ما بقي .

إطلاق الوصية بالحج إذا كان الثلث بمثل الإحصاج من بلده راكبا ولم يكن الوصى حاجا عن نفسه مات في
 الطريق ولم يعين المكان الذي مات فيه ، أو مكانا آخر يوجب تعيين البلد والركوب ، وقد قلنا في مقدمة الباب
 أنه لو حج المأمور ماشيا وأمسك مائة الكرام لنفسه يقع عن نفسه ويضم النفقة ، فأما إذا كان الثلث لا يبلغ
 إلا ماشيا فقال رجل أنا أحج عنه من بلده ماشيا جاز . وعن محمد لا يزيه ويبيع عنه من حيث يبلغ راكبا .
 وروى الحسن عن أبي حنيفة إن أحجوا عنه من بلده ماشيا جاز ، ومن حيث يبلغ راكبا جاز ، لأن في كل نقصا
 من وجه زيادة من وجه آخر فاعتدلا ، ولو أحجوا من موضع يبلغ وفضل من الثلث وتبين أنه يبلغ راكبا من
 موضع أبعد بضمن الوصى ويبيع عنه من حيث يبلغ إلا إذا كان الفاضل شيئا سيرا من زاد وكسوة لا يكون
 مخالفا كذا في البدائع . هذا إذا لم يعين كمية ، فإن عين بأن قال أحجوا عني بألف أو بثلث مالي ، فإن لم يبلغ من بلده
 جاء ماقلناه وإن بلغ واحدة ثمرت وإن بلغ حجبها كثيرة . فأما مسألة الألف فذكرها في المبسوط قال : الوصى
 بالخيار إن شاء دفع عنه كل سنة حجة . وإن شاء أحج عنه رجلا في سنة واحدة ، وهو أفضل لأن الوصية بالحج
 بمال مقدر كالوصية بالتصدق به ، وفي ذلك الوصى بالخيار بين التقديم والتأخير ، والتجديد أفضل لأنه بعد
 من فوات المقصود بهلاك المال . وأما مسألة الثلث فذكرها في البدائع ، وذكر الجواب على نحو مسألة الألف
 نقلا عن القنوري ، إلا أنه حكى فيها خلافا ، فقيل : إن التاخي : يعني الاستيعجاب قد ذكر في شرح الطحاوي
 أن يبيع عنه حجة واحدة من وطنه وهي حجة الإسلام ، إلا إذا قال بجميع الثلث . قال : وما ذكره القنوري
 أثبت لأن الوصية بجميع الثلث وبالثلث واحدة لأنه اسم لجميع السهم ، وذكرها في المبسوط أيضا وأجاب بصرفه
 إلى الحج إذا لم يقل حجة ولم يذكر خلافا ، قال : لأنه جعل الثلث مصروفا إلى هذا النوع من القرية فيجب

هذه المسئلة رجل له أربعة آلاف درهم أوصى بأن يبيع عنه فوات وكان مقدار الحج ألف درهم فبلغها الوصى
 إلى من يبيع عنه فسرق في الطريق ، قال أبو حنيفة رحمه الله : يؤخذ ثلث ما بقي من التركة وهو ألف درهم ، فإن
 سرق ثانيا يؤخذ ثلث ما بقي مرة أخرى وهكذا . وقال أبو يوسف : يؤخذ ما بقي من ثلث جميع المال وهو ثلاثمائة
 وثلاثة وثلاثون وثلث درهم ، فإن سرق ثانيا لا يؤخذ مرة أخرى . وقال محمد : إذا سرق الألف التي دفعها
 أولا بطلت الوصية ، وإن بقي منها شيء يبيع به لا غير لأن تعيين الوصى كتعيين الوصى لكونه نائباً عنه ، ولو
 أقرضها الوصى ثم هلك بطلت الوصية ، فكذا هنا ، ولأبي يوسف أن الوصية على نقادها الثلث (ولأبي حنيفة
 أن قسمة الوصى وعزله لا يصبح إلا بالتسليم إلى الوجهة الذي ساء الوصى لأنه لا خصم له ليقبض ولم يوجد التسليم
 إلى ذلك الوجه فصار كما إذا هلك قبل الإفراز والعزل) وفي ذلك يبيع من ثلث ما بقي فكذا في هذا . هذا ما يتعلق

وأما الثاني فوجه قول أبي حنيفة رحمه الله وهو القياس أن القدر الموجد من السرقة بطل في حق أحكام الدنيا ، قال صلى الله عليه وسلم « إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث » الحديث ، وتنفيذ الوصية من أحكام الدنيا فبقيت الوصية من وطنه كأن لم يوجد الخروج . وجه قولهما وهو الاستحسان أن سفره لم يبطل لقوله تعالى - ومن يخرج من بيته مهاجرا إلى الله ورسوله الآية - ، وقال صلى الله عليه وسلم « من مات في طريق الحج كتب له حجة مبرورة في كل سنة » وإذا لم يبطل سفره اعتبرت الوصية من ذلك المكان ، وأصل الاختلاف في الذي

تحصيل مقصوده في جميع الثلث ، كما لو أوصى أن يفعل بثلثه طاعة أخرى ، ولو ضم إلى الحج غيره والثلث يضمن عن الجميع ، إن كانت متساوية بئى بما بدأ به الموصى كالْحج والزكاة ، وعن أبي يوسف تقديم الزكاة لأن فيها حقين . والحج والزكاة يقدمان على الكفارات ، والكفارات على صدقة الفطر وهي على النذر ، وهو والكفارات على الأضحية ، والواجب على النفل ، والنوافل يقدم منها ما بدأ به الميت . وحكم الوصية بالعتق إذا لم يمين عن كفارة حكم النفل والوصية لأحدى كالفرائض : أعنى المقتين ، فإن قال للمساكين فهو كالنفل . ومن الصنور المنقولة أوصى بحجة القرض وعق نسمة ولا يسعها الثلث يبدأ بالحجة ، ولو أوصى بالحجة ولأناس ولا يسعها الثلث قسم الثلث بينهم بالحصص يضرب للحج بأدنى ما يكون من نفقة الحج ثم ما خص الحج بجمع به من حيث يبلغ لأنه هو الممكن ، ولو أوصى لرجل بألف وللمساكين بألف وأن يجمع عنه بألف وثلثة ألقان يقسم بينهم أثلاثا ثم ينظر إلى حصة المساكين فيضاف إلى الحجة فما فضل فهو للمساكين بعد تكميل الحج لأن الصدقة تطوع والحج فرض ، إلا أن يكون زكاة فيتحصصون في الثلث ثم ينظر إلى الزكاة والحج قيدا بما بدأ به الميت ، ولو أوصى بكفارة إفساد رمضان ولا يخرج من الثلث العتق ولم تجز الورثة يعظم بيتين مسكينا . وهذا أما ما يرجع إلى تعيين الوطن فلا يخلو من أن يكون له وطن واحد أو أوطان ، فإن اتحد تعيين . ومن فروعه ما عن محمد في خراساني أدركه الموت بمكة فأوصى أن يجمع عنه يجمع عنه من خراسان ، وما عن أبي يوسف في مكى قلم إلى

بما يجمع به ، وأما ما يتعلق بما يجمع عنه من المكان فعل الاختلاف المذكور في الكتاب وهو أيضا واضح . واعترض بأن الحديث الذي استدل به لأبي حنيفة ظاهره متروك لأنه يقتضى أن يكون غير هذه الثلاثة من الأعمال منقطعا ، وليس كذلك لأنها يثاب عليها ، وما هو كذلك لا يكون منقطعا . وأجيب بأن الأعمال كلها على ثلاثة أنواع : أعمال عملها فقتضت ، وأعمال لم يشرع فيها فهي بعد معلومة ، وأعمال شرع فيها ولم يتمها . والطران لا يوصفان بالانقطاع . أما الأول فلأن الماضي لا يحصل الانقطاع لكن يحصل البطلان بما يحيط ثوابه فهو بالله من ذلك ، وكذلك للثاني لأنه غير موجود . وهذا لأن الانقطاع عبارة عن تفرق أجزائه ، والماضي بجميع أجزائه لا يتصور فيه ذلك وكذلك الذي لم يورث بجميع أجزائه فتعين الذي شرع فيه ولم يتم . وأما جواب أبي حنيفة عما استدل به من الكتاب والسنة فهو أنه لا يمارض بين موجب الكتاب وموجب الخبر لأن الكتاب مسوق لحكم الآخرة والخبر

(قوله واعترض بأن الحديث الذي استدل به ، إل قوله : وما هو كذلك لا يكون منقطعا) أقول : لا يوجه هذا الاعتراض بمد المقال أبوجهة رحمه الله إن المراد هو الانقطاع في حكم الدنيا ، فإن الثواب حكم آخرى فليأمل (قوله فتعين الذي شرع فيه ولم يتم) أقول : وعلى هذا في استنباط العلم والقول تأمل ، ثم المراد ليس انقطاع نفس النفل ، إذ النبي صلى الله عليه وسلم ليس ميمونا إلا لبيان الأجسام ، بل انقطاع ثوابه حتى أنه لا يتجدد له ثواب إلا من هذه الثلاث وذلك حكم الآخرة ، ونظيره حديث « الأعمال بالنيات » فأمل (قوله والماضي بجميع أجزائه لا يتصور فيه ذلك) أقول : الظاهر أن يقال : والماضي وجه بجميع أجزائه الخ .

الرى فحضره الموت فأوصى أن يحج عنه يحج عنه من مكة ، أما لو أوصى أن يقرن عنه فإنه حينئذ يقرن عنه من الرى لأنه لاقران لأهل مكة فيحمل عليه من حيث هو ، وإن كانت له أوطان في بلدان يحج عنه من أقربها إلى مكة ، ولو عين مكانا جازمه اتفاقا ، وكذا إذا عين مكانا مات فيه ، فلو لم يبين مكان موته وقد مات في سفر ، إن كان سفر الحج فهو على الخلاف الذى ذكر في الكتاب بقوله : وأصل الخلاف في الذى يحج عنه نفسه : يعنى إذا مات في الطريق وأوصى أن يحج عنه وأطلق يلزم الحج من بلده عنده إلا إن عجز الثالث ، وعندهما من حيث مات : ولو كان سفر نجاة حج عنه من بلده اتفاقا لأن عين مكان موته في سفر الحج عندهما بناء على أنه لا تبطل عبادة سفره من بلده إلى محل موته ، فبالسفر منه يتحقق سفر الحج من بلده ، ولا عبادة في سفر التجارة ليعتبر البعض الذى قطع عبادة مع البعض الذى بقى فيجب إنشاء السفر من البلد تحصيليا للواجب : فإن الخطاب يتوجه عليه وهو في بلده بالخروج إلى الحج وهو العادة أيضا أن يخرج الإنسان من بلده مجهزا فيصرف المطلق إليه ولهذا وافقنا بأحنية في الحاج الذى مات في الطريق فيما لو أقام في بعض البلاد في طريقه حتى تحوكت السنة ثم مات فأوصى مطلقا أن يحج عنه من بلده لأن ذلك السفر لما لم يتصل به الحاجة التى خرج لها في تلك السنة لم يعتد به عن الحج إذا حصلنا على هذا ، فلو أوصى ٦ على وجه انصرف إلى بلده ولم يبين مالا فعل الواجب فأحجوا منها ومات في أثناء الطريق وقد أفق بعضها أو سرق كلها قال أبو حنيفة : يحج عنه ثانيا من بلده من ثلث ما بقى ، وقالوا : من حيث مات ، وأما في جانب المال فقال محمد : ينظر إن بقى من المدفوع شيء حج به وإلا بطلت الوصية . وقال أبو يوسف : إن كان المدفوع تمام الثلث كقول محمد ، وإن كان بعضه بكل ، فإن بلغ باقيه ما يحج به وإلا بطلت . وقال أبو حنيفة : من ثلث ما بقى ثم وثم إلى أن لا يبقى ما يبلغ فحينئذ تبطل ، مثلا : كان الخلف أربعة آلاف دفع الوصى ألفا فهلكت يبلغ إليه ما يكفيه من ثلث الباقي أو كله وهو ألف ، فلو هلك الثانية دفع إليه من ثلث الباقي بعدها هكذا مرة بعد مرة إلا أن لا يبقى ما ثلثه يبلغ الحج فتبطل . وعند أبي يوسف : يأخذ ثلاثمائة وثلاثين وثلاثا فلها مع تلك الألف ثلث الأربعة الآلاف ، فإن كفت وإلا بطلت الوصية . وعند محمد : إن فضل من الألف الأولى ما يبلغ وإلا بطلت . فالخلاف في موضعين فيما يدفع ثانيا وفي المحل الذى يجب الإحجاج منه ثانيا . أما الأول فلمحمد أن تعيين الوصى كعنين الوصى ، ولو عين الوصى مالا فهلكت بطلت الوصية ، فكذا إذا عين الوصى . وأبو يوسف يقول : محل الوصية الثلث فتعين الوصى إياه صحيح وتعيينه

لحكم الدنيا ، فيجوز انقطاع العمل من حيث حكم الدنيا ويبقى له ثوابه من حيث حكم الآخرة ، كما إذا نوى الصوم في رمضان أو صامه إلى نصف النهار ومات وجب عليه الإيصاء بقضية صوم هذا اليوم كاملا من حيث حكم الدنيا وإن كان هو متابا في الآخرة بقدر ما صام من ذلك اليوم ، وكذلك إذا أدركه الموت في خلال الصلاة ، وكذا كل عمل صالح شرع فيه ولم يتمه ، وكذا الجواب عن الحديث الذى رواه . وقال في النهاية : ثم تأخير تعليلهما عن تعليل أى حنيفة يمتثل أن يكون لكون قولهما مختار المصنف لما أن قولهما استحسان وقول أى حنيفة

(١) (قوله فلو أوصى الخ) هكذا في الأصول ، وفي العبارة خزائة ، ولعلها من تحريف التسليخ . كذا ضبط العلامة البهرارى حفظه الله كتبه رحمه الله .

يحيى بنفسه . ويذنب على ذلك المأمور بالحج . قال (ومن أهل بحجة عن أبيه يحزه أن يجعله عن أحدهما) لأن من حج عن غيره يغفر إذنه فلما يجعل ثواب حجه له ، وذلك بعد أداء الحج فقلت نيته قبل أدائه ، وصح جعله ثوابه لأحدهما بعد الأداء ، بخلاف المأمور على ما فرقتنا من قبل ، والله تعالى أعلم .

فيه غير صحيح لأن جميع الثلث على الوصية ، لما بقي شيء منه يجب تنفيذ الوصية فيه ، وأبو حنيفة يقول : المال ليس بقصود للموصى بل مقصوده الحج به ، فإذا لم يقد هذا التعيين هذا المقصود صار كعلمه ، وما هلك من المال كان كأن لم يكن بمنزلة ما إذا هلك قبل هذا الإغراز والوصية باقية بعد بالإحجاج مطلقا فينصرف إلى ثلث الباقي إذا صار للمالك كأن لم يكن قبل الوصية فيكون محلها ثلثه . وأما الثاني فبيناه على أن السفر هل يطل بالموت أو لا فقالا لا وهو استحسان ، وقال نعم وهو قياس ، وقوله في الأول أوجه ومما هنا أوجه ، له قوله عليه الصلاة والسلام « إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث . صدقة جارية ، أو علم ينتفع به ، أو ولد صالح يدعو له » رواه مسلم وأبو داود والنسائي ، ولهما في أنه لم يطل ما أخرجه الطبراني في الأوسط وأبو يعلى والبيهقي في شعب الإيمان عن أبي هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من خرج حاجا فمات كتب له أجر الحاج إلى يوم القيامة » ، ومن خرج متمترا فمات كتب له أجر المتمتر إلى يوم القيامة ، ومن خرج غازيا في سبيل الله فمات كتب له أجر الغازي إلى يوم القيامة قال الحافظ المنذرى . رواه أبو يعلى من رواية محمد بن إسحاق ، وبقية روايته فمات ، وأنت قد أممتك أن الحق في ابن إسحاق أنه ثقة أيضا ، ثم ماروا وإنما يدل على انقطاع العمل والكلام في بطلان القدر الذي وجد في حكم العبادة والثواب وهو غيره وغير لازم ، لأن انقطاع العمل لفقد العامل لا يستلزم ما كان قد وجد في سبيل الله ، وقال تعالى « وما كان الله ليضيع إيمانكم » فبما كان معتدا به حين وجد ثم طر المنع منه . وجواب أبي حنيفة أن المراد بعدم الانقطاع في أحكام الآخرة والانقطاع في أحكام الدنيا وهو الذي يوجب هنا كمن صام إلى نصف النهار في رمضان ثم حضره الموت يجب أن يوصى بفدية ذلك اليوم وإن كان ثواب إيساء ذلك اليوم باقيا .

[فرع] مات وترك ابنين وأوصى أن يحج عنه بثلاثمائة وترك تسعمائة فأنكر أحد الابنين واعترف الآخر فلطم من حصته مائة وخمسين لمن يحج بها ثم اعترف الآخر ، فإن كان حج بأمر الوصى يأخذ المقر من الجاحد خمسة وسبعين لأنه جاز عن الميت بمائة وخمسين وبقية مائة وخمسون ميراثا بينهما ، وإن حج بغير أمر الوصى يحج مرة أخرى بثلاثمائة (قوله ومن أهل بحجة عن أبيه فله أن يجعلها عن أحدهما) فاستفدنا أنه إذا أهل عن أحدهما على الإجماع أنه أن يجعلها عن أحدهما بعينه بطريق أولى ، ومبناه على أن نيته لما تلف بسبب أنه غير مأمور من قبلهما أو أحدهما فهو متبرع فتقع الأعمال عنه أليته ، ولما يجعل لها الثواب وترتب بعد الأداء فتلفو نيته قبله فيصح جعله بعد ذلك لأحدهما أو لهما ، ولا إشكال في ذلك إذا كان متفلا عنهما ، فإن كان على أحدهما حج القرض . فلما أن يكون أوصى به أولا ، فإن أوصى به فتبرع الوارث عنه بما له نفسه لا يسقط عن المورث . وإن لم يوص فتنزع عنه بالإحجاج أو الحج بنفسه . قال أبو حنيفة . يحزه إن شاء الله تعالى لقوله عليه الصلاة والسلام للخصمية « أرأيت لو كان على أبيك دين » الحديث ، شبهه بدين العباد ، وفيه أنه لو قضى الوارث من غير وصية يحزه

قياس ، والمأخوذ في عامة الصور حكم الاستحسان . وقوله (على ما فرقتنا من قبل) يريد به قوله لأنه متبرع يجعل ثواب عمله لأحدهما الخ ، والله أعلم .

فكلنا هذا وغير ذلك من الآثار الدالة على أن تبرع الوارث مثل ذلك معتبر شرعا . فإن قيل : فلماذا قيد الجواب بالمشيئة بعد ما صح الحديث ؟ قلنا : لأن خبر الواحد لا يوجب اليقين بل الظن ، فإكان من الأمور التي طريقها العمل لا يحتاج إلى ذكر المشيئة فيه لأن الظن طريقه فقد تطابعا ، وسقوط القرض عن الميت بأداء الورثة طريقه العلم . فإنه أمر يشهد به على الله تعالى بعد القطع بشغل اللمة به فلها قيده به . واعلم أن فعل الولد ذلك مندوب إليه جدا لما أخرجه الدارقطني عن ابن عباس رضي الله عنهما عنه عليه الصلاة والسلام قال : « من حج عن أبيه أو قضى عنهما مغزما بعث يوم القيامة مع الأبرار » وأخرج أيضا عن جابر أنه عليه الصلاة والسلام قال : « من حج عن أبيه وأمه فقد قضى عنه حجته وكان له فضل عشر حجج » وأخرج أيضا عن زيد بن أرقم قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « إذا حج الرجل عن والديه تقبل منه ومنهما واستبشرت أرواحهما وكتب عند الله برا » هذا وقد سبق الوعد بتقرير مسئلة حج الصرورة عن الغير ، والصرورة يراد به الذي لم ينجح عن نفسه فتمنع الشافعي رحمه الله لما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما « أن النبي صلى الله عليه وسلم سمع رجلا يقول : ليبيك عن شبرمة ، فقال : من شبرمة ؟ قال : أخ لي أو قريب لي ، قال : حججت عن نفسك ؟ قال لا ، قال : حج عن نفسك ثم حج عن شبرمة » رواه أبو داود وابن ماجه . قال البيهقي : هذا إسناد ليس في الباب أصح منه . وعن هذا لم يجوز الشافعي التغل للصرورة . قلنا : هذا الحديث مضطرب في وقفه على ابن عباس ورفعه ، والرواية كلهم ثقات ، فروعه عبدة بن سليمان قال ابن معين : عبدة أثبت الناس في سعيد بن أبي عروبة ، وتابعه محمد بن عبد الله الأنصاري ومحمد بن ميسرة وأبو يوسف القاضي كلهم عن سعيد ، ووقفه خنجر عن سعيد ، ورواه أيضا سعيد بن منصور . حدثنا صفيان عن أيوب عن أبي قلابة سمع ابن عباس رجلا يلبى عن شبرمة فذكره موقفا ، وليس هذا مثل ما ذكرناه غير مرة في تعارض الرفع والوقف من تقديم الرفع لأنه زيادة تقبل من الثقة فإن ذلك في حكم مجرد عن قصة واقعة في الوجود رواه واحد عن الصحابي يرفعه وآخر عن نفسه فقط ، فإن هذا يتقدم فيه الرفع لأن الموقوف حاصله أنه قد ذكره ابتداء على وجه إعطاء حكم شرعي أوجابا لسؤال ، ولا ينافي هذا كون ما ذكره مأثورا عنه من النبي صلى الله عليه وسلم . أما في مثل هذه وهي حكاية قصة : هي أن النبي صلى الله عليه وسلم سمع من يلبى عن شبرمة فقال له ما قال ، أو أن ابن عباس رضي الله عنهما سمع من يلبى عن شبرمة فقال له ذلك ، فهو حقيقة التعارض في شيء وقع في الوجود أنه وقع في ذلك الزمن أو في زمن أكثر بخضرة النبي صلى الله عليه وسلم أو غيره ، ونحوه أن يكون وقع في زمنه عليه الصلاة والسلام ثم وقع بخضرة ابن عباس مباحه رجلا آخر يلبى عن شبرمة فقال له من شبرمة ؟ فقال أخ أو قريب . يمين ذلك ، فهو وإن لم يمتنع عقلا لكنه بعيد جدا في العادة فلا يتدفع به حكم التعارض الثابت ظاهرا طالبا لحكمه فيها تارة ، أو يرجع وقوفه في زمن ابن عباس لأن أحكام الحج كانت خفية في زمنه عليه الصلاة والسلام حتى وقع الخطأ في ترتيب أحكام كثيرة فسألوه عنها فقال رجل لم أشعر فحلقت قبل أن أذبح وكثير ، وإنما تركوا السؤال ابتداء فلنا منهم بأن لا ترتيب معينا في هذه فلنا ليست أركاننا لعلمهم أن الحج عرفة عنه

(١) (محمد بن ميسرة) هكذا هو في بعض النسخ التي بينا ، وكذلك ضبطه في خلاصة أسماء الرجال بضم أوله وفتح اللامتين المحتوي المهمة الشدة فليعلم كنه مصححه .

(باب الهدى)

عليه الصلاة والسلام والطواف بنص الكتاب فلما رأوا أن الذي فعله عليه الصلاة والسلام خلاف ذلك الترتيب
فزعوا إلى السؤال فلهزم بالجهل في ذلك الوقت، فأما حج الإنسان عن غيره فأمر بأباه القياس فإن العقل لا يقتضى
جوازه إذا خلى والنظر في مقصود التكليف على ما قبلناه أول الباب فلم يكن يقدم عليه ذلك الرجل بلا سؤال ،
ثم يتحقق أن النبي صلى الله عليه وسلم يطالع عليه فيغيره بالحكم ، بخلافه في زمن ابن عباس رضى الله عنهما فإنه قد
ظهرت الأحكام وعرف جواز النيابة بأشهر حديث الخثعمية وغيره بعلك الناس له وصح تكرار ذلك فهو مظنة
أن يعلم أضل جواز النيابة فيفضل بلا سؤال فيكون قول ابن عباس رضى الله عنهما رأيا منه ولأن ابن المقلس ذكر
في كتابه أن بغض العلناء ضعف هذا الحديث بأن سعيد بن أبي عروبة كان يحدث به بالبصرة فيجعل هذا الكلام
من قول ابن عباس ثم كان بالكوفة يسنده إلى النبي صلى الله عليه وسلم وهذا يفيد اشتباه الحال على سعيد وقد
عننه قتادة ونسب إليه تدليس فلا تقبل عنعنته ، ولو سلم فحاصله أمر بأن يبدأ بالحج عن نفسه وهو يحتمل التنب
فيحمل عليه بدليل وهو إطلاقه عليه الصلاة والسلام : قوله للخثعمية : «حجى عن أبيك » من غير استخبارها عن
حجتها لنفسها قبل ذلك . وترك الاستئصال في وقائع الأحوال ينزل منزلة عموم الخطاب فيفيد جوازه عن الغير
مطلقا . وحديث شبرمة يفيد استحباب تقديم حجة نفسه وملك يحصل الجمع ويثبت أولوية تقديم القرض على
الثقل مع جوازه . والذي يقتضيه النظر أن حج الضرورة عن غيره إن كان بعد تحقيق الوجوب عليه بملك الزاد
والراحة والصحة فهو مكروه كراهة تحريم لأنه يتضيق عليه والحالة هذه في أول سنى الإمكان فيأثم بتركه ،
وكنا لو تنفل لنفسه ومع ذلك يصح لأن التهيئ ليس لعين الحج المقبول بل لغيره وهو خشية أن لا يدرك القرض ، إذ
الموت في سنة غير نادر ، فعلى هذا يحمل قوله عليه الصلاة والسلام «حج عن نفسك ثم عن شبرمة » على الوجوب ،
ومع ذلك لا يثنى الصحة ويحتمل ترك الاستئصال في حديث الخثعمية على علمه بأنها حجت عن نفسها أولا وإن
لم يزو لنا طريق علمه بملك جما بين الأدلة كلها : أعنى دليل التضيق عند الإمكان وحديث شبرمة والخثعمية ،
والله سبحانه أعلم .

(باب الهدى)

هذا الباب يتعلق به الأبواب السابقة ، فإن الهدى إما تمتع أو قرآن أو إحصار أو جزاء أو صيد أو كفارة جنابة
أخرى ، فأخبره هنا لأن معرفة هدى التمتع والقرآن فرع معرفة التمتع والقرآن وكذا الباقي ، والمقصود أنه يتضمن

(باب الهدى)

لما كثر دور لفظ الهدى فيما تقدم من المسائل نسكا وجزاء ومثوة احتاج إلى بيان الهدى وما يتعلق به من
المسائل ، ولما لم يخل وجوبه عن أحد هذه الأشياء أخر ذكره عن ذكر هذه الأشياء وكلامه واضح .

(باب الهدى)

(المهدي أدناه شاة) لما روى أنه صلى الله عليه وسلم مثل عن المهدي فقال : أدناه شاة (وهو من ثلاثة أنواع : الإبل والبقر والغنم) لأنه صلى الله عليه وسلم لما جعل الشاة أدنى فلا بد أن يكون له أعلى وهو البقر والجوز ، ولأن المهدي ما يهدي إلى الحرم ليقرب به فيه ، والأصناف الثلاثة سواء في هذا المعنى (ولا يجوز في الهدايا إلا ما جاز في الضحايا) لأنه قربة تعاقبت بآلة الدم كالأضحية فيخصصان بمحل واحد (والشاة جائزة في كل شيء إلا في موضعين : من طواف الزيارة جنبا . ومن جامع بعد الوقوف برفة فإنه لا يجوز فيها إلا البدنة) وقد بينا المعنى فيما سبق (ويجوز الأكل من هدي التطوع والمنفعة والقران) لأنه دم نسك فيجوز الأكل منها بمنزلة الأضحية ، وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم أكل من لحم هديه وحسا من المرقة ويستحب له أن يأكل منها لما روي ، وكذلك يستحب أن يتصدق على الوجه الذي عرف في الضحايا (ولا يجوز الأكل من بقية الهدايا) لأنها

حالات تستدعي سبق تصوّره مفهومات متعلقاتها وتصلقات ببعض أحكام منها (قوله أدناه شاة) يفيد أن له أعلى . وعندنا أفضلها الإبل ثم البقر ثم الغنم (قوله لما روى أنه عليه الصلاة والسلام) هذا بهذا اللفظ لا يعرف إلا من كلام عطاء ، أخرجه الشافعي قال : حدثنا مسلم بن خالد الزنجي عن ابن جريج عن عطاء أنه قال : أدنى ما يهرق من الدماء في الحج وغيره شاة . وما في البخاري من باب من تمتع بالعمرة إلى الحج عن أبي جرة نصر بن حمران الضبي قال : سألت ابن عباس عن المنعة فأفانني بها ، وسألته عن المهدي فقال : فيه جزور أو بقرة أو شاة أو شرك في دم الحديث فخاص بهلى المنعة (قوله إلا في موضعين) تقدم ثالث ، وهو ما إذا طافت امرأة حائضا أو نفساء (قوله بعد الوقوف برفة) يعني قبل الحلق على ما أسلفه من أن الجماع بعده فيه شاة (قوله فيما سبق) يعني قوله ولأن الجنابة أغلظ من الحدث . وقوله (ولأنه) يعني الجماع (أعلى أنواع الارتفاقات) (قوله وقد صح) تقدم في حديث جابر الطويل أنه عليه الصلاة والسلام أكل من الهدي التطوع إلا أنه إنما أكل من هدي التطوع ببضعة فجعلت في قدر فطبخت الحديث ، فأرجع إليه . ومعلوم أنه كان قارئا ، وكذا أرواجه على ما رجحه بعضهم ، وهدي القران لا يستق في مائة بدنة ، فعلم أنه أكل من هدي القران والتطوع إلا أنه إنما أكل من هدي التطوع بعد ما صار إلى الحرم ، أما إذا لم يبلغ بأن عطب أو ذبحه في الطريق فلا يجوز له الأكل منه لأنه في الحرم ثم القرية فيه بالإراقة ، وفي غير الحرم لا يحصل به بل بالتصدق فلا بد من التصديق ليحصل المقصود ، ولو أكل منه أو من غيره مما لا يحل له الأكل منه ضمن ما أكله ، وبه قال الشافعي وأحمد ، وقال مالك : لو أكل لقمة ضمنه كله وليس له بيع شيء من لحوم الهدايا وإن كان مما يجوز له الأكل منه ، فإن باع شيئا أو أعطى الجزاء أجره منه فعليه أن يتصدق بقيمته ، وحجبا جاز الأكل للمهدي جاز أن يأكل الأغنياء أيضا (قوله وكذلك يستحب أن يتصدق على الوجه الذي عرف في الضحايا) وهو أن يتصدق بثلاثها ويهدي ثلثها وكل دم يجوز له الأكل منه لا يجب عليه

وقوله (وقد بينا المعنى فيما سبق) يريد به قوله بعد ذكر رواية ابن عباس رضي الله عنهما ولأن الجنابة أغلظ من الحدث . وقوله ولأنه أعلى أنواع الارتفاقات فتغلظ موجب . وقوله (ويجوز الأكل من هدي التطوع) يعني للمهدي والأغنياء إذا ذبح في محله على ما ذكره ، وأما الفقراء فيجوز لهم الأكل من جميع الهدايا . وقوله (وحسا من المرقة) أي شرب . وقوله (ويستحب له أن يأكل منها) لأنه لما لم يكن الجواز مستترا للاستحباب ذكره ثانيا بيانا للاستحباب ، ولو ذكر الاستحباب أولا استغنى عن بيان الجواز لاستلزام الاستحباب إياه . وقوله (لما روي) إشارة إلى قوله أنه عليه الصلاة والسلام أكل من لحم هديه . وإنما أثبت الضمير في منها الرجوع إلى هدي المنفعة والقران والتطوع . وقوله (وكذلك يستحب أن يتصدق) ظاهر ، وقوله عليه الصلاة والسلام

دماء كفارات ، وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم لما أحضر بالحديبية وبعث الهدايا على يدي ناجية الأسلمي قال له : لا تأكل أنت ورفقتك منها شيئا ، (ولا يجوز ذبح هدى التطوع والمتمعة والقران إلا في يوم النحر) قال العبد الضعيف (وفي الأصل يجوز ذبح دم التطوع قبل يوم النحر ، وذبحه يوم النحر أفضل وهذا هو الصحيح) لأن القرية في التطوعات باعتبار أنها هدايا وذلك يتحقق بتليفيها إلى الحرم ، فإذا وجد ذلك جاز ذبحها في غير يوم النحر ، وفي أيام النحر أفضل لأن معنى القرية في إراقة الدم فيها أظهر ، أما دم المتمعة والقران فلقوله تعالى - فكلوا منها وأطعموا البائس الفقير ثم ليقضوا أنفسهم -

التصدق بعد الذبح تمام القرية به . وجملة الكلام فيه أن الدماء نوعان : ما يجوز لصاحبه الأكل منه وهو دم المتمعة والقران والأضحية وهدى التطوع إذا بلغ عله ، وما لا يجوز وهو دم النذر والكفارات والإحصار ، وكل دم يجوز له الأكل منه لا يجب عليه التصديق به بعد الذبح ، لأنه لو وجب لبطل حق الفقراء بالأكل ، وكل دم لا يجوز له أن يأكل منه يجب عليه التصديق به بعد الذبح ، ولو هلك بعد الذبح لأصيان عليه في النوعين لأنه لا يصنع له في الهلاك ، وإن استهلكه بعد الذبح ، فإن كان مما يجب عليه التصديق به ضمن قيمته للفقراء لئلا يهمل على حقهم ، وإن كان مما لا يجب لا يضمن شيئا لأنه لم يتعد ، ولو باع اللحم يجوز له بيعه في النوعين لقيام ملكه إلا أن ما لا يجوز له أكله عليه التصديق بشئ منه كذا في البدائع (قوله وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم) روى أصحاب السنن الأربعة عن ناجية الخزاعي « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث معه يهودي وقال له : إن عطب فأنحره ثم اصبغ نعله في دمه ثم خل بينه وبين الناس » قال الترمذي : حديث حسن صحيح ، وليس فيه « لا تأكل أنت ولا رفقتك » وقد أسند الواقدي في أول غزوة الحديبية القصبة بطولها ، وفيها « أنه عليه الصلاة والسلام استعمل على هديه ناجية بن جندب الأسلمي وأمره أن يتقدمه بها ، قال : وكانت سبعين بدنة ، فذكره إلى أن قال : وقال ناجية بن جندب : عطب معي بعير من الهدى فجث رسول الله صلى الله عليه وسلم بالأبواء فأخبرته ، فقال : أنحرها واصبغ قلاندما في دمه ولا تأكل أنت ولا أحد من رفقتك منها شيئا وخل بيننا وبين الناس » وأخرج مسلم وابن ماجه عن قتادة عن سنان بن مسلم عن ابن عباس أن ذؤيبا الخزاعي أبا قبيصة حدثه « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يبعث بالبدن معه ثم يقول : إن عطب منها شيء فخشيت عليه موتا فأنحرها ثم اغمس نعلها في دمه ثم اضرب به صفحتها ولا تطعمها أنت ولا أحد من أهل رفقتك » وأعل بأن قتادة لم يترك سنانا . والحديث معتنق في مسلم وابن ماجه ، إلا أن مسلما ذكره لشواهد ولم يسم ذؤيبا بل قال إن رجلا ، وإنما نهى ناجية ومن ذكر عن الأكل لأنهم كانوا أغنياء . قال شارح الكنز : لا دلالة لحديث ناجية على الهدى لأنه صلى الله عليه وسلم قال ذلك فيما عطب منها في الطريق ، والكلام فيما إذا بلغ الحرم هل يجوز له الأكل منه أولا . وقد أوجدنا في هدى التطوع إذا ذبح في الطريق امتناع أكله منه وجوازه بل استحبابه إذا بلغ عله . والمعنى الذي ذكره المصنف في أنها دماء كفارات يستقل بالمطلوب (قوله ولا يجوز ذبح البع) الحاصل أن دم النذر والكفارات وهدى التطوع يجوز قبل أيام النحر ، ولا يجوز دم المتمعة والقران والأضحية إلا فيها ، ودم الإحصار يجوز في قول أبي حنيفة وأبي يوسف قبلها ولا يجوز عند محمد (قوله أما دم المتمعة والقران فلقوله تعالى - فكلوا منها - الآية ، إلى قوله - ثم ليقضوا أنفسهم -) قد بينا في كون وقت الطواف وقت الذبح ما يفيد مثله وجه كون وقت الذبح وقت

(لا تأكل أنت ورفقتك منها شيئا) إنما نهى عن الأكل لأنهم كانوا أغنياء . وقوله (ولا يجوز ذبح هدى التطوع) ظاهر ووجه الاستدلال بقوله تعالى - فكلوا منها وأطعموا البائس الفقير ثم ليقضوا أنفسهم - أن الله تعالى عطف قضاء النذر

وقضاء التفث يختص بيوم النحر، ولأنه دم نسك فيختص بيوم النحر كالأضحية (ويجوز ذبح بقية الهدايا في أي وقت شاء) وقال الشافعي رحمه الله: لا يجوز إلا في يوم النحر اعتباراً بدم التمتع والقران، فإن كل واحد دم جبر عنده، ولأنان هذه دماء كفارات فلا تختص بيوم النحر لأنها لما وجبت لجبر نقصان كان التعجيل بها أولى لارتفاع النقصان به من غير تأخير، بخلاف دم التمتع والقران لأنه دم نسك. قال (ولا يجوز ذبح الهدايا إلا في الحرم) لقوله تعالى في جزاء الصيد - هديا بالغ الكعبة - فصار أصلاً في كل دم هو كفارة، ولأن الهدى اسم لما يهدى إلى مكان ومكانه الحرم. قال صلى الله عليه وسلم: «مَنى كلها منحر، وفجاء مكة كلها منحر» (ويجوز أن يتصدق بها على مساكين الحرم وغيرهم) خلافاً للشافعي رحمه الله لأن الصلوة قربة معقولة، والصلوة على كل

قضاء التفث فارجع تأمله. وأما وجه الاختصاص فطريقه أن ينفي الجواز قبلها وبعدها بالإجماع، وما ذكرناه يفيد كونه فيها فيلزم من مجموع ذلك الاختصاص بأيام النحر، والمراد الاختصاص من حيث الوجوب على قول أبي حنيفة، وإلا لو ذبح بعدها أجزأ إلا أنه تارك للواجب وقبلها لايجزئ بالإجماع، وعلى قولهما كذلك في القليلة وكونه فيها هو السنة، حتى لو ذبح بعد التحلل بالحق لا شيء عليه عندهما، وعنده عليه دم، وتقدم تفصيل ذلك. وإذا عرفت هذا فإطلاق عدم الجواز في قوله ولا يجوز ذبح هدى التمتع والقران إلا في يوم النحر فيه نوع إيهام (قوله ويجوز ذبح بقية الهدايا) وهى هدى الكفارات والنذر والإحصار على قوله، والوجه ظاهر في الكتاب (قوله ولا يجوز ذبح الهدايا إلا في الحرم) سواء كان تطوعاً أو غيره، قال تعالى في جزاء الصيد - هديا بالغ الكعبة فكان أصلاً في كل دم وجب كفارة، وقال تعالى في دم الإحصار - ولا تحلقوا رءوسكم حتى يبلغ الهدى عمله - وقال في الهدايا مطلقاً - ثم عملها إلى البيت العتيق - ولأن الهدى اسم لما يهدى إلى مكان فالإضافة ثابتة في مفهومه وهو الحرم بالإجماع، ويجوز الذبح في أي موضع شاء من الحرم ولا يختص بمنى. ومن الناس من قال: لايجوز إلا بمنى، والصحيح ما قلنا، قال عليه الصلاة والسلام «كل عرفة موقف وكل منى منحر، وكل المزدلفة موقف، وكل فجاء مكة طريق ومنحر» رواه أبو داود وابن ماجه من حديث جابر. فتحصل أن الدماء قسمان

على الأكل من بهيمة الأنعام التي شروها (وقضاء التفث يختص بيوم النحر) فيكون النحر كذلك. واعترض بأن ثم للتراسي فربما يكون الذبح قبل يوم النحر وقضاء التفث فيه. وأجيب بأن موجب ثم في التراسي يتحقق بالتأخير ساعة، فلو جاز الذبح قبل يوم النحر جاز قضاء التفث بعده ساعة وليس كذلك. وقوله (ولأنه دم نسك) أى كل واحد منهما دم نسك، ولهذا حل له تناول منه فيختص بالحرم كالأضحية، وقوله (ويجوز ذبح بقية الهدايا) ظاهر. والفجاء جمع الفج: وهو الطريق الواسع بين الجبلين. وقوله (ويجوز أن يتصدق بها على مساكين الحرم وغيرهم)

(قال المصنف: ولايجوز ذبح هدى التطوع والتمتع والقران إلا في يوم النحر) أقول: ينفي لايجوز قبله، فالقصر إصنافي، فإنه لو ذبح بعده أجزأ إلا أنه تارك للواجب، وقبلها لايجزئ بالإجماع، أو المراد الاختصاص من حيث الوجوب، حتى أنه حنيفة رحمه الله، وعلى قولهما كونه فيها هو السنة، حتى لو ذبح بعد التحلل بالحق لا شيء عليه، وعنده عليه دم. وإذا عرفت هذا فإطلاق عدم الجواز في قوله ولا يجوز ذبح هدى التمتع بالغ فيه نوع إيهام (قوله وأجيب، إلى قوله: فلو جاز الذبح قبل يوم النحر جاز الفج) أقول: غاية أن يثبت الاحتمال، وقد علم بالدلالة أنه لايجوز إلا يوم النحر فحينئذ لذلك.

فقيرة به . قال (ولا يجب التعريف بالمهدايا) لأن المهدى ينهى عن النقل إلى مكان ليتقرب بإراقة دمه فيه لاعتبار التعريف فلا يجب ، فإن عُرِف بهلى المتعة فحسن لأنه يتوقفت بيوم التحرق فسمى أن لا يعد من يحسكه فيحتاج إلى أن يعرف به ، ولأنه دم نسل فيكون مبناه على التشهير بخلاف دماء الكفار لأنه يجوز ذبحها قبل يوم النحر على ما ذكرنا وسببها الجنابة فيلحق بها السر . قال (والأفضل في البدن النحر وفي البقر والغنم الذبح) لقوله تعالى - فصل لربك وانحر - قيل في تأويله الجزور ، وقال الله تعالى - أن تذبحوا بقرة - وقال الله تعالى - وفديناه بذيبح عظيم - والذبح ما أمثله للذبح ، وقد صح « أن النبي صلى الله عليه وسلم نحر الإبل وذبح البقر والغنم » ثم إن شاء نحر الإبل في المهدايا قياما وأضجعها ، وأى ذلك فعل فهو حسن ، والأفضل أن ينحرها قياما لما روى أنه صلى الله عليه وسلم نحر المهدايا قياما ، وأصحابه رضى الله تعالى عنهم كانوا ينحرونها قياما معقولة اليد اليسرى ، ولا يذبح البقر والغنم قياما لأن في حالة الاضطجاع المذبح أيسر فيكون الذبح أيسر والذبح هو السنة فيهما ، قال (والأولى أن يتولى ذبحها بنفسه إذا كان يحسن ذلك) لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم ساق مائة بدنة في حجة الوداع فنحر نيفا وستين بنفسه ، وولى الباقي عليا رضى الله عنه ، ولأنه قرينة والتولى في القرابات أولى لما فيه من زيادة الخشوع ، إلا أن الإنسان قد لا يهتدى لذلك ولا يحسنه فجوزنا توليته غيره . قال (ويتصدق في يجلالها

ما يخص بالزمان والمكان وما يخص بالمكان فقط (قوله ولا يجب التعريف بالمهدايا) سواء أريد بالتعريف اللهاج بها إلى عرفات أو التشهير بالتقليد والإشعار كل ذلك لا يجب . وقوله (فسمى أن لا يعد من يحسكه) يشير إلى الأول وقوله (فيكون مبناه على التشهير) إلى الثاني (قوله والأفضل النحر) أما نحر الإبل فحديث جابر الطويل فيه « فنحر ثلاثا وستين بيده » الحديث . وأما ذبح البقر والغنم في الصحيحين عن عائشة « فدخل علينا يوم النحر بلحم بقرة فقلت ما هذا ؟ قالوا : ذبح رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أزواجه » وأخرج السنة حديث التوضيحية بالغنم بما يفيد الذبح . ومن قريب سمعت حديث ذبحه عليه الصلاة والسلام الكبشين الأملحين . وأما أنه نحر الإبل قياما وأصحابه ، فمن الصحيحين عن ابن عمر رضى الله عنهما « أنه مر برجل ينحر بدنة وهي باركة فقال : ابعتها قياما مقيدة سنة محمد صلى الله عليه وسلم » وفيها أيضا عن أنس « أنه صلى الله عليه وسلم صلى الظهر بالمدينة أربعا والعصر بلى الحليفة ركعتين ونحن معه ، إلى أن قال : ونحر رسول الله صلى الله عليه وسلم سبع بدنات قياما » وأخرج أبو داود عن ابن جريج عن أبي الزبير عن جابر قال : وأخبرني عبد الرحمن بن سابط « أن النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه كانوا ينحرون البدنة معقولة اليد اليسرى قائمة على ما بين من قوائمها » وأبعد من قال هذا الحديث مرسل بل هو مسند عن جابر وإن كان ابن جريج قال مرة عن عبد الرحمن بن سابط كما هو في رواية ابن أبي شيبة عنه . هذا وإنما من النبي صلى الله عليه وسلم النحر قياما عملا بظاهر قوله تعالى - فإذا وجبت جنوبها - والوجوب السقوط ، وتحقيقه في حال القيام أظهر (قوله نيفا وستين) ذكرنا آنفا من حديث جابر أنها ثلاث وستون ، والنبى من واحد إلى ثلاث (قوله إلا أن الإنسان) عن أبي حنيفة : نحر بدنة قائمة فكذلك أهلك

يعنى بعد ما ذبحها في الحرم . وقوله (ولا يجب التعريف بالمهدايا) أى الإتيان بها إلى عرفات . وقوله (على ما ذكرنا) إشارة إلى قوله لأنها لما وجبت لغير التقصان كان التمتع بها أولى لأرتفاع التقصان به . وقوله (والأفضل في البدن النحر) ظاهر . وقوله (قيل في تأويله الجزور) يعنى نحر الجزور وكلامه في الباقي واضح ، وقوله (فنحر نيفا وستين) التيف بالتشديد كل ما كان بين عقدين وقد يخفف ، وعن البرد أنه من واحدة إلى

وخطامها ولا يغطي أجرة الجزار منها) لقوله صلى الله عليه وسلم لعلى رضى الله عنه « تصدق بجلالها وبخطامها ولا تصد أجزار منها » (ومن ساق بدنة فاضطر إلى ركوبها ركبا، وإن استغنى عن ذلك لم يركبها) لأنه جعلها خالصة لله تعالى، فأي يفتى أن يصرف شيئا من عينا أو منافعها إلى نفسه إلى أن يبلغ محله، إلا أن يحتاج إلى ركوبها لما روى « وأن النبي صلى الله عليه وسلم رأى رجلا يسوق بدنة فقال اركبها ويك » وتأويله أنه كان عاجزا محتاجا ولو ركبها فانتقص بركوبه فعله ضمان ما نقص من ذلك (وإن كان لها لبن لم يعطها) لأن اللبن متولد منها فلا يصرفه إلى حاجة نفسه (وينضج ضرعها بالماء البارد حتى ينقطع اللبن) ولكن هذا إذا كان قريبا من وقت الذبح

فثامنا من الناس لأنها نفرت فاعتقدت أن لا أضر الإبل بعد ذلك إلا بركة معقولة وأستعين بمن هو أقوى عليه منى. وفي الأصل: ولا أحب أن يلجج يهودى ولا نصرانى، فإن ذمحه جاز، ولا ينبغي أن يذكر مع اسم الله تعالى غيره كأن يقول: اللهم تقبل من فلان لقوله عليه الصلاة والسلام « جردوا التسمية » ويكنى عن هذا أن يتوبه أو يذكره قبل ذكر التسمية ثم يقول باسم الله والله أكبر، كلنا في الميسوط (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام لعلى) روى الجماعة إلا الترمذى عن على رضى الله عنه قال « أمرنى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أقوم على بدنه وأقسم جلودها وجلالها، وأمرنى أن لا أعطي الجزار منها شيئا، وقال: نحن نعطيه من عندنا » وفي لفظ « وأن أنصق بجلودها وجلالها » ولم يقل فيه البيهقي « ونحن نعطيه من عندنا » وفي لفظ « وأمره أن يقسم بدنه كلها لحومها وجلالها وجلودها في المسكين ولا يعطى في جزائها منها شيئا، قال السرقسطى: جزائها بضم الجيم وكسرهما فيالكسر المصدر، وبالفهم اسم للبدن والرجلين والعنق، وكان الجزارون يأخذونها في أجزهم (قوله لما روى) في الصحيحين من حديث أبي هريرة رضى الله عنه « أن النبي صلى الله عليه وسلم رأى رجلا يسوق بدنة فقال له اركبها، قال: إنها بدنة، قال اركبها، قال: فأرأيت اركبها يسائر النبي صلى الله عليه وسلم » قال ابن العطار في شرح العمدة: لم نر اسم هذا المجه. وقد اختلف في ركوب البدنة الهلهلة؛ فمن بعضهم أنه واجب لإطلاق هذا الأمر مع ما فيه من مخالفة سيرة الجاهلية وهي مجانية السائبة والوصيلة والخاص. ورد هذا بأنه عليه الصلاة والسلام لم يركب هدبة ولم يركبها ولا أمر الناس بركوب هداياهم. ومنهم من قال: له أن يركبها مطلقا من غير حاجة تمسكا بإطلاق هذا. وقال أصحابنا والشافعي رحمهم الله: لا يركبها إلا عند الحاجة جلا للأجر المذكور، على أنه كان لما رأى عليه الصلاة والسلام من حاجة الرجل إلى ذلك، ولا شك أنه في واقعة حال فاحتل الحاجة به واحتيل عندها؛ فإن وجد دليل يفيد أحدهما حمل عليه وقد وجد من المعنى ما يفيد وهو أنه يجعلها كلها لله تعالى فلا ينبغي أن يصرف منها شيئا لمنفعة نفسه فيجعل عمل تلك الواقعة. ثم رأينا اشتراط الحاجة ثابتا بالنسبة وهو ما في صحيح مسلم عن أبي الزبير قال: سمعت جابر بن عبد الله رضى الله عنه يسأل عن ركوب الهدى فقال: سمعت النبي صلى الله عليه وسلم يقول « اركبها بالمعروف إذا ألبست إليها » فالمعنى يفيد منع الركوب مطلقا والسمع ورد بإطلاقه بشرط الحاجة رخصة فيبقى فيها ورائه على المنع الأصل الذي هو مقتضى المعنى لا يفهم الشرط. وفي الكافي للحاكم: « فإن ركبها أو حمل متاعه عليها للضرورة ضمن ما نقصها ذلك: يعنى إن نقصها شيء من ذلك ضدته (قوله وينضج ضرعها) أى يرش بالماء وهو يكسر الفصاد المعجمة من باب ضرب

ثلاث: « والنضج الرش والبلل »، ومنه ينضج ضرعها بكسر الضاد.

(د) (قوله ثامنا) الثام ككتاب: الجاهل من الناس كما في القاموس، وثام بعض النسخ قيلما بالالف تحريكه نصحه.

فإن كان بعيداً منه يعلبها ويتصدق بلبنها كي لا يضر ذلك بها ، وإن صرفه إلى حاجة نفسه تصدق بمثله أو بقيته لأنه مضمون عليه (ومن ساق هديا فعطى ، فإن كان تطوعاً فليس عليه غيره) لأن القرية تعلقت بهذا الحل وقد فات (وإن كان عن واجب فله أن يقيم غيره مقامه) لأن الواجب باق في ذمته (وإن أصابه عيب كبير يقيم غيره مقامه) لأن العيب بمثله لا يتأدى به الواجب فلا بد من غيره (وصنع بالمعيب ماشاء) لأنه التحق بسانه أملاكه (وإذا عطيت البدنة في الطريق ، فإن كان تطوعاً منحها وصيغ نعلها بدلها وضرب بها صفقة سنامها ولا يأكل هو ولا غيره من الأغنياء) منها بذلك أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم ناجية الأسلمي رضى الله عنه ، والمراد بالنعل قلاصها ، وفائدة ذلك أن يعلم الناس أنه هدى فيأكل منه الفقراء دون الأغنياء .

(قوله لأن القرية تعلقت بهذا الحل وقد فات) أورد عليه لم لا يكون كأضحية الفقير فإنها تطوع عليه، وإذا اشتراها للتضحية يمين عليه لولد المالايعين على الفنى، حتى إن الفنى إذا اشترى أضحية فضلت فاشترى أخرى ثم وجد الأولى في أيام الحر كان له أن يضيئ بأبيها شاء ، ولو كان معسراً فالواجب عليه أن يضيئ بهما . أجب بأن ذلك فيما إذا أوجب الفقير بلسانه في كل من الشاتين بعد ما اشتراها للأضحية ، أما لو لم يوجب بلسانه فلا يجب عليه شيء بمجرد الشراء، ذكره في النهاية . واستوضحه بمسئلة من فتاوى قاضيخان : لو اشترى الفقير الأضحية فأتت أو باعها لا تلزمه أخرى ، وكذا لو ضلت . واعلم أن معنى الإيراد أنهم ذكروا في غير موضع مسألة أضحية الفقير مطلقة عن الإيجاب بلسانه فردوا إلى التقييد به لازم ، وإلا لم يكن له معنى لظهور عدم الوجوب بلا إيجاب من الشرع أو العبد ، ولو كانت هذه البدنة عن واجب كان عليه أن يقيم غيرها مقامها لأن الواجب كان في ذمته شاة غير معينة ، وبشراء شاة للإسقاط لاعتين عن ذلك الواجب ما لم تلبس عنه واللزمة ما عنه ثبت في الأدب أهلية الإيجاب والاستيجاب (قوله وإن أصابه عيب كبير) بأن ذهب أكثر من ثلث الأذن مثلاً على قول أبي حنيفة ، وعلى قول أبي يوسف ومحمد : إذا ذهب أكثر من النصف على ما يعرف في كتاب الأضحية إن شاء الله تعالى (قوله وإذا عطيت البدنة) أي قربت من العطب حتى يخف عليها الموت أو امتنع عليها السير لأن الحر بعد حقيقة الهلاك لا يكون . والحاصل أن المراد بالعطب الأول حقيقته وبالثاني القرب منه ، ذكره لبيان ما شرع فيه إذا بلغ هذه الحالة (قوله وبذلك أمر رسول الله عليه الصلاة والسلام) تقدم قريباً (قوله وفائدة ذلك) أي فائدة صيغ نعلها

وقوله (ومن ساق هديا فعطى) ظاهر . واعترض بأنه لم لا يكون كأضحية الفقير فإن عليه تطوع ومع ذلك وجب عليه إعادته إذا ضلت الشاة المشتراة لها ، حتى لو اشترى غيرها ثم وجد الضالة وجب عليه ذبحها . وأجيب بأن ذلك فيما إذا أوجب الفقير بلسانه على نفسه في كل واحدة من الشاتين بعد ما اشتراها للأضحية ، حتى لو لم يفعل كذلك لا يجب عليه شيء بمجرد الشراء للأضحية قال في فتاوى قاضيخان : لو اشترى الفقير شاة للأضحية فأتت أو باعها لا تلزمه أخرى وكذا لو ضلت ، والعيب الكبير هو أن يذهب أكثر من ثلث الأذن عند أبي حنيفة ، وعندهما هو أن يذهب أكثر من نصفها ، والعطب يفتحني : الهلاك ، ومعنى عطيت البدنة : أي قربت إلى العطب وبهذا خرج الجواب عما قيل هذا وقع مكرراً بما قال أولاً ومن ساق هديا

(قوله والعيب الكبير هو أن يذهب أكثر من ثلث الأذن عند أبي حنيفة رحمه الله) أقول : للتخصيص بالأذن لم يظهر له وجه وإن قدر لفظ مثلاً ، إلا أن يقال : وجه وقوع العيب فيها غالباً (قال المصنف : لأن العيب بطله) أقول : لفظ المثل مقدم (قوله وبهذا خرج الجواب عما قيل هذا وقع مكرراً) أقول : ويدور هذا القول لا تكرار أيضاً ، إذ لم يذكر في الأول صيغ النعل بالدم وغيره كما لا يخفى .

وهذا لأن الإذن بتناوله معلق بشرط بلوغه عمله ، فينبغي أن لا يحمل قبل ذلك أصلا ، إلا أن التصديق على الفقراء أفضل من أن يتركه جزرا للسياع ، وفيه نوع تقرب والتقرب هو المقصود (فإن كانت واجبة أقام غيرها مقامها وصنع بها ماشاء) لأنه لم يبق صالحا لما عينه وهو ملكه كسائر أملاكه (ويقلد هدى التطوع والمتعة والقران) لأنه دم نسل ، وفي التقليد إظهاره وتشهيره فيليق به (ولا يقلد دم الإحصار ولا دم الجنائيات) لأن سببها الجنائية والسر أليق بها : ودم الإحصار جابر فيلحق بمنسبها . ثم ذكر الهدى ومواده البدئية لأنه لا يقلد الشاة عادة ، ولا يسن تقليد ما عندنا لعدم فائدة التقليد على ما تقدم ، والله أعلم ،

بدمها وضرب صفحتها به ليعلم أنه هدى (قوله جزرا للسياع) الجزر بفتح حين : اللحم الذي تأكله السياع . قال الشاعر :
وتركه جزر السياع ينشئه ما بين قلة رأسه وللمصم
وقال آخر :

إن يفعل فلقد تركت أباهما جزر الجامعة ونسر قشعم

(قوله وصنع بها ماشاء) من بيع وغيره (قوله ودم الإحصار جابر فيلحق بمنسبها) أى يجنس الدماء الجابرة وهى دماء الجنائيات فلا يقلدها هدى الإحصار كما لا يقلد هدى الجنائيات (قوله ومواده) يعنى أن قوله يقلد هدى التطوع والمتعة والقران عام أريد به الخصوص وهو البدئية فيدخل البقر دون الشاة (قوله على ما تقدم) يريد ما ذكره قبل باب القران من قوله وتقليد الشاة غير معتاد ، ولم يذكر هناك علم الفائدة التى هى علم الضبياع ، فإن الغنم تضبيع إذا لم يكن معها صاحبها ،

[فروع من ظاهر الرواية من الأصل مشروحة فى المبسوط] كل من وجب عليه دم من المناسك جاز له أن يشارك ستة نفر قد وجب الدماء عليهم وإن اختلقت أجناسها من دم متعة وإحصار وجزاء صيد وغير ذلك ، ولو كان الكل من جنس واحد كان أحب إلى ، فإن اشترى بدنة لمتعة مثلا ثم اشترك فيها ستة بعد ما أوجبها لنفسه خاصة لا يسه ذلك لأنه لما أوجبها صار الكل واجبا عليه قدر ما يجزى فى هدى المتعة كان واجبا عليه ، وما زاد على ذلك وجب بإيجابه ، وليس له أن يبيع شيئا مما أوجبته هديا ، فإن فعل فعليه أن يتصلق بالثمن ، وإن كان نوى أن يشترك معه فيها ستة نفر أجزأته لأنه ما أوجب الكل على نفسه بالشراء ، فإن لم تكن له نية عند الشراء ولكن لم يوجبها حتى أشرك الستة بجاز ، والأفضل أن يكون ابتداء الشراء منهم أو من أحدهم بأمر الباقيين حتى تثبت الشركة فى الابتداء ، وإذا ولدت البدنة بعد ما اشتراها لهدية ذبح ولهدا معها لأنه جعلها لله تعالى خالصة والولد جزء منها ثم انفصل بعد ما سرى إليه حتى الله تعالى فعليه أن يذبحه معها . ولو باع الولد فعليه قيمته ، فإن اشترى بها هديا فصن ، وإن تصلىق بها فصن اعتبارا للقيمة بالولد ، فإن الأفضل أن يذبح ، ولو تصدىق به كحللك أجزأك فكللك بالقيمة ، وإذا مات أحد الشركاء فرضى وارثه أن ينجرها معهم عن الميت أجزأهم استحسانا

فقطب لأن ذاك فى حقيقة القطب وهذا فى الإشراف عليه ، والجزر بفتح حين : اللحم الذى يأكله السياع . وقوله (على ما تقدم) إشارة إلى ما ذكره قبيل باب القران بقوله وتقليد الشاة غير معتاد وليس بسة .

(قال المصنف : لأن الإذن بتناوله معلق بشرط بلوغه عمله فينبغي أن لا يحمل قبل ذلك أصلا) أقول : فيه بحث ، لأن مفهوم الشرط لا يغير معنا (قال المصنف : فإن كانت واجبة أقام غيرها ما مقامها الخ) أقول : كان الأنسب أن يقال : وإن كانت بالواو .

مسائل مثورة

(أهل عرفة إذا وقفوا في يوم وشهد قوم أنهم وقفوا يوم النحر أجزأهم) والقياس أن لا يجزئهم اعتبارا بما إذا وقفوا يوم التروية ، وهذا لأنه عبادة تختص بزمان ومكان فلا يقع عبادة دونهما . وجه الاستحسان أن هذه

وفي القياس لا يجزئهم لأن الميت لم يوص به فقد انقطع حق القرية عن نصيبه فصار ميراثا ، وهذا التقرب تقرب بطريق الإلتلاف وذلك لا يجوز عن الميت إلا بأمره كالمعتق ولكنه استحسن فقال : يجوز لأن المقصود هو التصديق وتقرب الوارث بالتصدق عن الميت صحيح بلا إيصاء ، فكلما تقرب به بإيقاع ما قصد المورث بنصيبه بإقامة الدم والتصديق به يكون صحيحا ، ولو كان أحد الشركاء كافرا أو مسلما يريد به اللحوم ذون الهدى لم يجزهم لأن الإراقة واحدة ، فلا يتصور أن يجتمع فيها القرية وعلمها ، وأبى الشركاء نحرها يوم النحر أجزأ عن الكل ، وإذا غلط رجلا فذبح كل منهما هدى صاحبه أجزأهما استحسانا لا في القياس لأن كلا غير مأثور من جهة الآخر فصار ضمانا ، لكنه استحسن فقال : كل مأثور فيها صنع دلالة لأن صاحب الهدى يستعين بكل أحد إعادة فكان كالإفصاح بالإذن ، يأخذ كل منهما هديه من صاحبه . وعن أبي يوسف : كل منهما بالخيار بين أن يأخذ من صاحبه هديه ، وبين أن يضمه فيشترى بالقيمة هديا آخر بذبحه في أيام النحر وإن كان بعدها تصديق بالقيمة ، وجميع ما ذكرناه في الهدى مثله في الأصحية . ومن اشترى هديا فضيل فاشترى مكانه آخر وأوجبه ثم وجد الأول ، فإن نحرهما فهو أفضل ، وإن نحر الأول وباع الثاني جاز لأن الثاني لم يكن واجبا عليه ، وإن باع الأول وذبح الثاني أجزأه إلا أن تكون قيمة الأول أكثر فيتصدق بالفصل . وهدي التمتع والتطوع في هذا سواء لأنها صار الله تعالى إذ جعلهما هديا في الوجهين جميعا ، وإن ساق بدلة لا ينوي بها الهدى قال : إن كان ساقها إلى مكة فهي هدى ، وأراد بهذا إذا قلدها وساقها لأن هذا لا يفعل عادة إلا بالهدى فكان سوقها بعد إظهار علامة الهدى عليها بمنزلة جعله لها باسانه هديا .

(مسائل مثورة)

من عادة المصنفين أن يذكروا عقب الأبواب ما شذ منها من المسائل فتصير مسائل من أبواب متفرقة فتترجم تارة بمسائل مثورة وتارة بمسائل شتى (قوله وشهد قوم) صورتها أن يشهدوا أنهم رأوا هلال ذي الحجة في ليلة

(مسائل مثورة)

من عادة المصنفين أن يذكروا في آخر الكتاب ما شذ ونذر من المسائل في الأبواب السالفة في فصل على حدة تكميلا للقائمة ، ويترجم عنه بمسائل مثورة أو مسائل متفرقة أو مسائل شتى أو مسائل لم تدخل في الأبواب ،

(مسائل مثورة)

(قال المصنف : أهل عرفة إذا وقفوا في يوم وشهد قوم أنهم وقفوا يوم النحر أجزأهم) والقياس أن لا يجزئهم اعتبارا بما إذا وقفوا يوم التروية (الخ) أقول : قال صدر القرطبي في شرحه للوقاية : لفظ الهداية اعتبارا بما إذا وقفوا يوم التروية . وقد كتب في الحواشي : شهد قوم أن الناس وقفوا يوم التروية . أقول : صورة هذه المسئلة مشكلة ، لأن هذه الشهادة لا تكون إلا بأن الهلال لم ير ليلة كذا وهو ليلة يوم الثلاثاء بل رأى ليلة بدلة وكان شهر ذي القعدة تماما ، ومثل هذه الشهادة لا تقبل لأشكال كون ذي القعدة تسعة وعشرين .

شهادة قامت على الشيء وعلى أمر لا يدخل تحت الحكم لأن المقصود منها نفي حججه ، والحج لا يدخل تحت الحكم فلا تقبل ، ولأن فيه بلوى عاما لتعلو الاحتراز عنه والتدارك غير ممكن ، وفي الأمر بالإعادة حرج بين فوجب أن يكتفى به عند الاشتباه ، بخلاف ما إذا وقفوا يوم التروية لأن التدارك ممكن في الجملة بأن يزول الاشتباه

كلما اليوم يكون يوم الوقوف منه العاشر ، وذكر للإستحسان أوجهها : أحدها أنها قامت على النفي : أي نفي جواز الوقوف وما لا يدخل تحت الحكم ، وليس هذا بشيء لأنها قامت على الإثبات حقيقة وهو روية الملل في ليلة قبل روية أهل الموقف ، ثم هو يستلزم عدم جواز وقوفهم ، ولا حاجة إلى الحكم بل الفتوى تفيد عدم سقوط القرض فيخاطب به ، وعدم سقوطه هو المراد ههنا وصار كما لو رآه أهل الموقف كذلك ثم أخروا الوقوف . ثانيها أن شهادتهم مقبولة لما ذكرنا ، لكن لا يستلزم عدم صحة الوقوف لعدم وقوعه في وقته بل قد وقع في وقته شرعا ، وهو اليوم الذي وقف فيه الناس على اعتقادهم أنه التاسع لما روى أنه عليه الصلاة والسلام قال « صومكم يوم تصومون وفطرهم يوم تفطرون وعرفتمكم يوم تعرفون وأصباحكم يوم تضحون » أي أن وقت الوقوف بعرفة عند الله تعالى اليوم الذي يقف فيه الناس عن اجتihad ورأى أنه يوم عرفة . ثالثها أنها مقبولة لكن وقوفهم جائز لأن هذا النوع من الاشتباه به لا يقلب ولا يمكن التحرز عنه ، فلم يلزم بحكم بالجواز بعد الاجتهاد لزم الحرج الشديد وقد نفاه بفضله التقى عن العالمين ، وهذا الوجه يصلح بيانا بالحكمة الدليل السمعى المذكور فيها قبله ، وإذا كانت هذه الشهادة لا يترتب عليها عدم صحة الوقوف فلا فائدة في سماعها للإمام فلا يسمعها لأن سماعها يشهرها بين عامة الناس من أهل الموقف فيكثر القيل والقال فيها وتثور الفتنة وتكثر قلوب المسلمين بالشك في صحة حججه بعد طول عنايتهم ، فإذا جماعوا ليشهدوا يقول لم انصرفوا لاتسمع هذه الشهادة قد تم حجج الناس : وهل يجوز وقوف الشهود ؟ روى هشام عن محمد أنه يجوز وقوفهم وحججه : قال محمد رحمه الله : وإذا كان من رأى الملل وقف يوم عرفة : يعني في اليوم الذي شهد لم يجوز وقوفه وعليه أن يعيد الوقوف مع الإمام لأن يوم التحرج أن يكون يوم الحج في حق الجماعة ، ووقت الوقوف لا يجوز أن يختلف فيه فلا يمتد بما فعله بانفراده ، وكلما إذا أخر الإمام الوقوف لمعنى يسوغ فيه الاجتهاد لم يجوز وقوف من وقف قبله . فإن شهد شاهداً بهلال ذى الحجة فردت شهادتهما لأنه لا حلة بالسماء فوق شهادتهما قوم قبل الإمام لم يجوز وقوفهم لأنه أخره بسبب يجوز العمل عليه في الشرع فصار كما لو أخره للاشتباه (قوله بخلاف ما إذا وقفوا يوم التروية لأن التدارك ممكن) يعني إذا ظهر لم خطوهم والكلام في تصوير ذلك ، ولا شك أن وقوفهم يوم التروية على أنه التاسع لا يعارضه شهادة من شهد أنه الثامن لأن اعتقاده أنه الثامن إنما يكون بناء على أن أول ذى الحجة ثبت بكمال عدة ذى القعدة واعتقاده التاسع بناء على أنه رأى

وصورة المسئلة أن يشهد قوم أنهم رأوا هلال ذى الحجة في ليلة كان اليوم الذي وقفوا فيه اليوم العاشر ، وكلامه

وصورة المسئلة أن الناس وقفوا ثم حملوا بعد الوقوف أنهم دخلوا في الحساب وكان الوقوف يوم التروية ، فإن لم هذا المنعزل الوقت بحيث يمكن التدارك فإن الإمام يأمر الناس بالوقوف ، وإن لم ذلك في وقت لا يمكن تداركه فبناء على الدليل الأول وهو إمكان التدارك ينبغي أن لا يمتنع هذا المعنى ، ويقال : قد تم حجج الناس ، أما بناء على الدليل الثاني وهو أن جواز التقدم لا نظير له لا يصح الحجج له . وفيه بحث ، فإن الدليل الأول هو عدم إمكان التدارك أصلا ، وفي الوقوف يوم التروية كان ممكنا في الجملة كما أشار إليه في الكتاب ، ولا يغير إيراد باب الإمكان بأن لا يعلم ذلك إلا بعد الوقت لانتعجال الحال . قال في الجامع الصغير للإمام قاضيخان : لو بين أنهم وقفوا يوم التروية لا يجوزهم

يوم عرفة ، ولأن جواز المؤخر له نظير ولا كذلك جواز التقدم ، قالوا : ينبغي للحاكم أن لا يسمع هذه الشهادة ويقول قد تم حج الناس فانصرفوا لأنه ليس فيها إلا إيقاع الفتنة . وكذا إذا شهدوا عشية عرفة بروية الهلال ، ولا يمكنه الوقوف في بقية الليل مع الناس أو أكثرهم لم يعمل بتلك الشهادة . قال (ومن رى في اليوم الثاني الحجرة الوسطى والثالثة ولم يرم الأولى ، فإن رى الأولى ثم الباقيتين فصحن) لأنه راعى الترتيب المسنون (ولورى الأولى وحدها أجزاء) لأنه تداولك المروك في وقته ، وإنما ترك الترتيب . وقال الشافعي رحمه الله : لا يميزه ما لم يعد الكل لأنه شرع مرفا فصار كما إذا سعى قبل الطواف أو بدأ بالمروة قبل الصفا . ولنا أن كل حجرة قرينة مقصودة بنفسها

قبل الثلاثين من ذى القعدة فهذه شهادة على الإثبات . والقائلون إنه الثامن حاصل ما عندهم نفي محض ، وهو أنهم لم يروا ليلة الثلاثين من ذى القعدة وراه الذين شهدوا فهي شهادة مقبولة لامراض لها (قوله وكذا إذا شهدوا عشية عرفة) بأن شهدوا في الليلة التي هم بها في منى متوجهين إلى عرفات أن اليوم الذي خرجنا به من مكة المسمى بيوم الرؤية كان التاسع لا الثامن ، ولا يمكنه الوقوف بأن يسير إلى عرفات في تلك الليلة ليقف ليلة النحر بالناس أو أكثرهم لم يعمل بها ويقف من الغد بعد الزوال لأنهم وإن شهدوا عشية عرفة لكن لما تعلق الوقوف فيها بقي من الليل صار كشهادتهم بعد الوقت ، وإن كان الإمام يمكنه الوقوف في الليل مع الناس أو أكثرهم ولا يدركه ضيقة الناس لزمه الوقوف ثانيا ، فإن لم يقف فات حجة لترك الوقوف في وقته مع القدرة عليه (قوله ولنا أن كل حجرة قرينة مقصودة بنفسها) فلا يتعلق بجواز رى إحداها برى أخرى ، هذا هو الأصل في القرب المتساوية للرب . ولولا ورود النص في قضاء الفوائت بالترتيب قلنا لا يلزم فيها أيضا ، بخلاف ترتيب السعى على الطواف لأنه اعتبر تبعا حتى لا يشرع إلا عقيب طواف ، وبخلاف المروية فإن الهدأة من الصفا قد ثبت

واضح لا يقبل الشرح . وقوله (وكذا إذا شهدوا عشية عرفة) صورته أن الشهود شهدوا في الطريق قبل أن يلحقوا عرفات عشية عرفة وقالوا : رأينا خلال ذى الحجة وهذا اليوم هو التاسع ، فإن كان الإمام لا يلحق الوقوف في بقية الليل مع أكثر الناس لا يسمع هذه الشهادة ويقفون من الغد بعد الزوال لأنهم لما شهدوا وقد تعلق الوقوف صار كأنهم شهدوا بعد الوقت فلا تسمع وإن كان يلحق الوقوف مع أكثر الناس ، ولكن لا يلحق الضيقة فإن وقف جاز وإلا فأتى الحجج لأن ترك الوقوف مع العلم به والقدرة عليه لأن المعتبر قنطرة الأكثر دون الأقل (ومن رى في اليوم الثاني الحجرة الوسطى والثالثة ولم يرم الأولى) يعنى التي تلى مسجد الخيف ثم جاء بعيد الرعى في يومه ، فإن اقتصر على رى التي تركها أجزاء لأنه أتى بأصل الرى في وقته ، وإنما ترك المسنون من الترتيب وذلك لا يوجب عليه شيئا ، وإن أعاد الحمار الثلاث فصحن ثلثا فيه من مراعاة سنة الترتيب ، وهذا نظير ما سبق أن الطائف إذا دخل الحطيم في طوافه لا ينبغي له ذلك ، فإن أعاد على الحطيم وحده أجزاء ، وإن أعاد الطواف كله كان حسنا (وقال الشافعي : لا يميزه ما لم يعد الكل لأنه شرع مرفا) ترتيبا صار به الثاني . كما يخرجه من الأول بدليل أنه إذا ترك الكل يجب دم واحد فلا يجوز التفريق فيها بينهما فصار ترك الترتيب فيها كتقديم السعى على الطواف أو الابتداء بالمروة قبل الصفا ، بخلاف الصلوات فإن كل واحدة منها قرينة مقصودة بذاتها فلا يكون الترتيب بينها واجبا (ولنا أن كل حجرة قرينة مقصودة بنفسها) ليطبق كل منها ببقعة على حدة والبقعة في باب الحج

وإن لم يسلوا بذلك إلا يوم النحر (قوله فإن اقتصر على رى التي تركها الحج) أقول : أى على رى الحجرة التي تركها .

فلا يتعلق الجواز بتقديم البعض على البعض ، بخلاف السعي لأنه تابع للطواف لأنه دونه ، والمروءة عرفت منتهى السعي بالنص فلا تتعلق بها البداية . قال (ومن جعل على نفسه أن يحج ماشيا فإنه لا يركب حتى يطوف طواف الزيارة) وفي الأصل خبره بين الركوب والمشى ، وهذا إشارة إلى الوجوب .

بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم « ابدعوا بما بدأ الله به » بصيغة الأمر على ما قدمناه من تحريمه ، فالترتيب الواقع فعلا منه صلى الله عليه وسلم محمول على البسطة إذ مجرد الفعل لا يفيد أكثر من ذلك : وقد تضمن هذا التقرير منع ما قبل من قبل الشافعي إن رمى الجمار قربة واجبة بدليل لزوم دم واحد في ترك كلها ، قلنا : إقامتها في أماكن مختلفة ظاهر في التعدد فيجب البقاء معه حتى يوجب الخروج عنه موجب ، وتماثل الأعمال لا يوجب به بل هي أولى بالتعدد من الأسابيع المتعددة من الطواف لأنها تمام في محل واحد ، واتحاد الدم ليس للوحدة الحقيقية شرعا بل يثبت مع التعدد عند اتحاد الجنس في الجنائيات رحمة وفضلا على ما عرفت في شرب الخمر وزنا غير المحصن مرارا إذا ثبتت كلها يلزم موجب واحد ، فكما الدم لأن ثروته موجب جنابة ، ولو سلم اعتباره واحدة في حق حكم لا يلزم اعتبارها كذلك في حق كل حكم مع قيام التعدد الحقيقي بل في خصوص ذلك المثل ، ههنا مع أن المعقول في محل اعتبارها واحدة وهو موضع الجنابة الحكم بتناقلها فضلا وهو متبف في ترك الترتيب (قوله ومن جعل على نفسه أن يحج ماشيا فإنه لا يركب حتى يطوف طواف الزيارة) وهذا لأنه الزم القرية بصفة الكمال فثبوته بتلك الصفة كالإزام بالتتابع في الصوم (وفي الأصل خبره بين أن يركب وبين أن يمشى ، وهذا) أي ما في الجامع وهو قوله لا يركب حتى يطوف (إشارة إلى الوجوب) وهو الظاهر لما قلنا ، ولما انتهى المشى بالطواف لأنه منتهى أعمال الحج ، فإن قيل : فقد كره أبو حنيفة الحج ماشيا فكيف يكون صفة كمال ؟ قلنا إنما كرهه إذا كان مظنة سوء خلق القائل له كأن يكون صائغا مع المشى أو ممن لا يطبق المشى فيكون سببا للمأم من مجادلة الرقيق والخصومة ، وإلا فلا شك أن المشى أفضل في نفسه لأنه أقرب إلى التواضع والتلذل . وعن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال لما كف بصره : ما أسفت على شيء كاسفت على أن لم أحج ماشيا ، فإن الله تعالى قدم المشاة فقال تعالى - يأتوك رجلا وعلى كل ضامر - وعنه صلى الله عليه وسلم أنه قال : « من حج ماشيا كتب له بكل خطوة

أصل فكان ماشيا فيه أصلا فلا يتعلق جواز البعض ببعض ، ألا ترى أنه لو أعاد مرتبا كان مؤثما لا قاضيا ، بخلاف الصلوات فإن النص فيها ناطق بأن من صلى بلا ترتيب صلى قبل وقتها فلا يجوز . وقوله (لأنه دونه) أي لأن السعي دون الطواف يعني أحده منزلة من الطواف لأن الطواف فرض كطواف الزيارة أو من جنس القرص كطواف القدوم ، وأما السعي فواجب على كل حال فكان دون الطواف فصلح أن يكون تابعا للطواف . وقوله (والمروءة عرفت منتهى السعي بالنص) وهو قوله عليه الصلاة والسلام « ابدعوا بما بدأ الله به » أراد به قوله تعالى - إن الصفا والمروة من شعائر الله - (فلا تتعلق بها البداية) قال (ومن جعل على نفسه أن يحج ماشيا) أي ومن نذر أن يحج ماشيا وجب عليه أن لا يركب حتى يطوف طواف الزيارة وهو رواية الجامع الصغير وهو الصحيح (وخبر في الأصل) يعني المتوسط (بين الركوب والمشى) بعد التلذل لأن الحج ماشيا يكره وإذا كتب أفضل لكنه ورد فيه النص على ما نذكره فكان خيرا ، وقوله (وهذا) إشارة إلى قوله لا يركب ، يعني رواية الجامع الصغير تقتضي ترك الركوب على

(قوله لأن الحج ماشيا يكره وإذا كتب أفضل لكنه ورد فيه النص الخ) أقول : إذا ورد فيه النص كيف يكره ؟

حسنة من حسنة الحرم ، قيل ما حسنة الحرم ؟ قال : كل حسنة يسميها الله . لا يقال : لانظير للمشي في الواجبات ، ومن شرط حسنة النذر أن يكون من جنس المنذور واجب على ما ذكرته في كتاب الصوم . لأننا نقول : بل له نظير ، وهو مشي المكى الذى لا يجد الراحة وهو قادر على المشي ، فإنه يجب عليه أن يحج ماشيا بنفس الطواف أيضا . ثم اختلف المشايخ في محل ابتداء وجوب المشي لأن محمدا لم يذكره قيل من الميقات ، والأصح أنه من بيته لأنه المراد عرفا ، ويدل عليه من الرواية ما عن أبي حنيفة : لو أن بغداديا قال : إن كلمت فلانا فعلى أن أحج ماشيا فلفقيه بالكوفة فكلمه فعليه أن يمضي من بغداد ، ولو أحرم من بيته فلا اتفاق على أنه يمضي من بيته ، وقد عرف من هذا أن لافرق في الوجوب بين أن ينجز النذر أو يعاقبه كأن شئ الله مريض أو قدم زيد فعلى حجة أو عمرة ، ولا فرق بين قوله الله على أو على حجة في الإيجاب ، ولو قال على المشي إلى بيت الله ولم يذكر حجة ولا عمرة فحنت فعليه أحد النسكين حجة أو عمرة استحصانا . وفي القياس لا شئ عليه . وجه الاستحسان أنه قد تعرف لإيجاب النسك بهذا اللفظ ، فكان كقوله على أحد النسكين ، فإن جعلها حجة شئ فلم يركب حتى يطوف أو عمرة بشئ حتى يخلو ، ولو قرئنا بحجة الإسلام جاز ، فإن ركب فعليه دم مع دم القران لأنه ترك واجبا ، ولو نذر حجة ماشيا ثم أحرم من الميقات بعمره تطوعا ثم أضاف إليها الحجة أجزأه ما لم يطف لعمرته وهو قارن ، ولو أحرم بعد ما طاف لعمرته لم يجز وعليه دم ، وكل من نذر وقال إن شاء الله تعالى متصلا لم يلزمه شئ .

واعلم أن مقتضى الأصل أن لا يخرج عن عهدة النذر إذا ركب كما لو نذر الصوم متتابعا فقطع التتابع ، ولكن ثبت ذلك في الحج نصا فوجب العمل به ، وهو ما عن ابن عباس رضي الله عنهما « أن أخت عقبة بن عامر نذرت أن تمشي إلى البيت ، فأمرها النبي صلى الله عليه وسلم أن تركب وتهدى هديا » رواه أبو داود وسنده حجة . وما في رواية مسلم أنه قال صلى الله عليه وسلم فيها « تقش وتركب » ولم يزد في هذه الرواية على ذلك ، فحمل على ذكر بعض المروى بدليل ما صرح به الرواية الأخرى ، ثم إطلاق الركوب في الروايتين بحمول على علمه بعجزها عن المشي بدليل ما في الرواية الأخرى لأبي داود عن ابن عباس رضي الله عنهما « أن أخت عقبة بن عامر نذرت أن تحج ماشية وإنما لا تطلق الهدي من غير تعيين بدنة لقوة روايتها . وإذا عرف أن إيجاب النسك بنذر المشي إلى بيت الله تعالى لتعارف لإرادة ذلك عرف أنه مفيد بما إذا لم تكن له نية غيره ، فلو نوى به المشي إلى مسجد المدينة المكرمة أو مسجد بيت المقدس أو مسجد غيره لم يلزمه شئ . أما حسنة نية فلهما باقيا للفظه إذ المساجد كلها بيوت الله تعالى ، وإذا حسنت لم يلزمه شئ لأن سائر المساجد يحوز الدخول فيها بلا إحرام فلا يصير به ملتزما للإحرام وقوله على المشي إلى مكة أو الكعبة فهو كقوله إلى بيت الله . ولو قال على المشي إلى الحرم أو المسجد الحرام لا شئ عليه عند أبي حنيفة لعدم العرف في التزام النسك به ، وقالوا : يلزمه النسك أخذا بالاحتياط لأنه لا يتوصل إلى الحرم ولا المسجد الحرام إلا بالإحرام فكان بذلك ملتزما للإحرام ، كلما في الميسر . وقوله أوجه إن لم يكن عرف فإن الالتزام للنسك بهذا اللفظ ليس مدلولوا بوضعي بل عرفيا ، فكون التوصل في الخارج بالفعل إلى المسجد الحرام ليس إلا بالإحرام لا يوجب أن نفس اللفظ يفيد إذا تأملت قليلا . وأما كون التوصل إلى الحرم أيضا

مستل للوجوب لأنه أخبر عنه بضيقة النفي وهو يدل على عدم المشروعية فكان الركوب غير مشروع

يستدعي الإحرام فليس بصحيح لأنه لو لم ينو الآفاق إلا مكانا في الحرم لحاجة أو لا جاز له الوصول إليه بلا إحرام . واتفقوا على أن لا لزوم لو قال إلى الصفا أو المروة أو مقام إبراهيم عليه الصلاة والسلام ، مع أنه لا يتوصل إليها بالفعل إلا بالإحرام شرعا ، فعرف أن الملال تعارف الإيجاب باللفظ الخاص ، وكلنا لو قال مكان المشى غيره والباقي بحاله لا يلزم كقوله على الذهاب إلى بيت الله أو الخروج أو السفر لأشياء عليه . بخلاف قوله على أو على إحرام حيث يلزم أحد التفسيرين وإن لم يتعارف الإيجاب به لإفادته التزام الإحرام وضعا ، وكلنا إذا قال على الركوب أو الإتيان لأشياء فيه ، وكلنا الشد والمرولة ، وكلنا لو قال على المشى إلى أمتار الكعبة أو بابها أو ميزابها أو عرفات أو مزدلفة أو مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم لعدم تعارف إيجاب التمسك به ، وفي موضع إلى الحجير الأسود إلى مقام إبراهيم إلى الركن يلزمه ، وإلى أسطوانة البيت أوزم لم يلزمه ، وما قلناه آفاق مقام إبراهيم من عدم الزوم مذكور في الميسر . ولو قال على نصف حجة فطبعه حجة عند محمد : وعن أبي يوسف فيه روايتان . وفي الميسر : لو قال : إن فعلت كلنا فأنا أحرم فمن نوى به العدة فلا شيء عليه أو الإيجاب لزمه إذا فعل ذلك حجة أو عمرة وإن لم يكن له نية فالقياس أن لا يلزمه شيء . وفي الاستحسان يلزمه العرف في إرادة التحقيق لمثله للحال كقول المؤنف والشاهد أهدت ، ومثله ما ذكر فيه لو قال أنا أمشي إلى بيت الله إن نوى العدة لأشياء عليه ولكن يتبدل الوفاء بالوجد ، وإن نوى النذر كان نذرا ، وكلنا إذا لم يكن له نية فهو نذر للعادة اهـ . وهذا يتوقف على ثبوت العرف في النذر بملك ، والله سبحانه وتعالى أعلم . وفي الخلاصة : لو قال أنا أحج لأحج عليه ، ولو قال إن دخلت فأنا أحج يلزمه عند الشرط كأنه حلقه لأن تعارف الإيجاب به إنما هو في التعليق ، ولو قال إن عافاني الله تعالى من مرضي هذا فعل حجة فيرأ لزمته ، فإذا حج جاز ذلك عن حجة الإسلام إلا أن ينوي غيرها ، لأن الغالب أن يريد به المريض الذي فرط في الفرض حتى مرض ذلك . وفي بعض الكتب فرق بين قوله فعلى حجة حيث يلزمه حجة سوى حجة الإسلام ، إلا أن يعنى به ماوجب عليه وبين قوله فعلى أن أحج حيث يجوز عن حجة الإسلام إلا أن ينوي غيرها ، وما ذكرناه قبل في الخلاصة . ومنهم من حكى خلافا في مثله بينهما قال ألزم حجة ثم حج من عامه حجة الإسلام سقط عنه ما ألزم عند أبي يوسف خلافا لمحمد . ومن نذر مائة حجة ونحوها اختلفوا فيه : هل تلزمه كلها فيلزمه الإيصاء بها أو يلزمه قدر ما عاش ؟ في الخلاصة نص على لزوم الكل ، وذكر غيره عن أبي يوسف ومحمد الثاني واختاره السروجي وقوله شلاد . الحق بما لو قال على أن أحج سنة عشرين فمات قبلها لا يلزمه شيء . وقد يعكر عليه ما عن أبي يوسف : لو قال الله على أن أحج وذلك في غير أشهر الحج فمات قبل أشهر الحج لزمته حجة . والحق أن لزوم الكل للفرق بين الالتزام ابتداء وإضافته . ولو قال عشر حجج في هذه السنة لزمه عشر في عشر سنين ، ومن قال ثلاثين حجة ونحوها فأحج عنه ثلاثين رجلا في سنة جاز ، وكلما عاش النافر بعد ذلك سنة بطلت منها حجة فعليه أن يحجها بنفسه لأنه قدر عليها بنفسه فظهر عدم صحة إيجابها ، فإن لم يحج لزمه الإيصاء بقدر ما عاش من بعد الإحجاج ، ومن نذر أن يحج في سنة كذا فحج قبلها جاز عند أبي يوسف خلافا لمحمد ، وقول أبي يوسف أقسم بما قلناه في نذر الصوم فارجم إليه ولا بد من نية المنذور إن لم يكن قصده حجة الإسلام على ما ذكرنا في نذر المريض . وما في المتن : نذر أن يحج

وهو الأصل لأنه التزم القربة بصفة الكمال فتلزمه بتلك الصفة ، كما إذا نذر بالصوم متابعا

فحج ولا نية له فهو تطوع عن أبي يوسف ، وقال هشام : عن حجة الإسلام لا يستلزم خلافا ، إذ لا خلاف في تأدي فرض الحج بإطلاق النية عندنا ، وما عن أبي يوسف فيها إذ لم يكن عليه حجة الإسلام ، وما عن هشام فيها إذا كان عليه بالضرورة فقد اتفقا على أن لا يتصرف إلى المتلور بلا نية . ومن قال إن كلمت فلانا فعلى حجة يوم أكلمه فكلمه لا يصير محرما بها بل لزمته بفعلها متى شاء ، كما لو قال على حجة اليوم إنما تلزمه في ذمته يحرم بها متى شاء . ولو قال لرجل على حجة إن شئت فقال شئت لزمته ، وكلنا إن شاء فلان فشاء ، وهل تقتصر مشيئة فلان على مجلس بلوغه ذلك الخبر ؟ اختلف فيه ، والأصح أن لا تقتصر ، بخلاف تعليق الطلاق بمشيئة لأن الطلاق يقبل التملك إذا كان مملوكا بالخالف فكان تملكيا من ذى المشيئة فاستدعى جوابه في المجلس لأن التملكيات تستدعى جوابا في المجلس وليس مانع فيه من ذلك ، فاتفق موجب الاقتصاد عليه . ومن قال : إن فعلى كذا فعلى أن أحج بفلان ، فإن نوى أحج وهو معنى فعلى أن يحج وليس عليه أن يحج به . وإن نوى أن يحج فعلى أن يحج له لأن الباء للإلصاق فقد ألصق فلانا بحجه . وهذا يحتمل معنيين أن يحج فلان معه في الطريق وأن يعطي فلانا ما يحج به من المال ، والتزام الأول بالنذر غير صحيح والثاني صحيح لأن الحج يؤدي بالمال عند اليأس من الأداء فكان هذا في حكم البذل وحكم البذل حكم الأصل فيصح التزامه بالبذل كما يصح التزامه بالأصل ، فإذا نوى الوجه الأول حملت نيته لاحتمال كلامه ، ولكن المتوى لا يصح التزامه بالنذر فلا يلزمه شيء وإنما عليه أن يحج بنفسه خاصة ، وإن نوى الثاني لزمه فلما أن يعطيه من المال ما يحج به أو يحج مع نفسه ليحصل الوفاء بالنذر ، فإن لم يكن له نية أصلا فعلى أن يحج وليس عليه أن يحج فلانا لأن لفظه في حق فلان يحتمل الوجوب وعلمه ، والمعين للوجوب فيه ليس إلا النية وقد فقدت ، ولو كان قال فعلى أن أحج فلانا فهذا يحكم والنذر به صحيح ، ومن نذر أن يطوف زحفا فطاف كذلك قيل لا يلزمه شيء ، كما لو نذر أن يصلي قاعدا ، وقيل عليه الإعادة ، فإن رجح قبل أن يعيد فعليه دم ، وهذا أوجه لأن الصلاة عهد شرعيها قائما وقاعدا فعلا في الاختيار فالتميزها قاعدا التزام أحد صنفها ، بخلاف الطواف النفل فالتميزه حالة القدرة على المشي كالتميز الصلاة لإتمام حالة القدرة على الركوع والسجود . وسنذكر خاتمة في نذر الهدى والمجاورة وزيارة قبر النبي صلى الله عليه وسلم

وهو الأصل أى الموافق للقواعد لأن من أوجب على نفسه شيئا على وجه الكمال لا يتأدى ناقصا ، والمشى في الحج صفة كمال قال صلى الله عليه وسلم : من حج ماشيا فله بكل خطوة حسنة من حسنات الحرم ، قيل وما حسنات الحرم ؟ قال : كل حسنة بسبعائة ، وروى عن ابن عباس أنه قال بعد ما كف بصره : ما تأسفت على شيء ما كنتأسى على أنى لم أحج ماشيا ، فإن الله تعالى قدم المشاة فقال تعالى : يأتوك رجالا وعلى كل ضامر فصار كما إذا نذر بالصوم متابعا لا يتأدى متفرقا . واعترض بوجهين : أحدهما أن النذر لا يصح إلا بما له نظير في المشروعات المفروضة أو الواجبة . وليس للمشي نظير . والثاني أن أبا حنيفة رحمه الله كره المشى في طريق الحج ، فما وجه ما ذكره في الكتاب فإنه يناقض ذلك . وأجيب عن الأول بأن له أصلا وهو أن المكى الفقير إذا لم يملك الزاد والراحلة وأمكنته المشى إلى عرفات وجب عليه الحج ماشيا . وعن الثاني بأن أبا حنيفة ما كره المشى مطلقا وإنما كره الجمع بين

وأفعال الحج تنتهي بطواف الزيارة فيمشي إلى أن يطوفه . ثم قيل : يتلئ المشي من حين يحرم ، وقيل من بيته لأن الظاهر أنه هو المراد ، ولو ركب أراق دما لأنه أدخل نقصا فيه ، قالوا إنما يركب إذا بعدت المسافة وشق عليه المشي ، وإذا قربت والرجل ممن يعتاد المشي ولا يشق عليه ينهي أن لا يركب (ومن باع جارية محرمة قد أذن لها مولاهما في ذلك فلم يشترى أن يحللها وبما معها) وقال زفر : ليس له ذلك لأن هذا عقد سبق ملكه فلا يتمكن من فسخه كما إذا اشترى جارية منكوحة . ولنا أن المشتري قائم مقام البائع وقد كان البائع أن يحللها ، فكذلك المشتري

تسلياً (قوله ومن باع جارية محرمة قد أذن لها الخ) الأصل أن العبد والأمة إذا أحرم أحدهما بغير إذن المولى فله أن يمنعه ويحلله بلا عدى ، وذلك بأن يصنع به أدنى ما يحرم عليه بالإحرام كقلم ظفره ونحوه ، وعليه يعد العتق لدى الإحصار وحجة وعمره إن كان الإحرام بحجة ، وإن أحرم بإذن المولى كره له تحليله ، ولو حله حل ، ولو أنحصر فعلى المولى أن يبعث ذم الإحصار ويتحلل لأنه وجب عن إحرام مأذون فيه فكان كالنقطة عليه ، وقد قلنا في خلافه في باب الإحصار ، وإذا أحرم العبد أو الأمة بإذن المولى ثم باعهما فقد البيع والمشتري منعهما وتحليلهما وليس له الرد بالعيب خلافاً لفرق قال : ليس له ذلك فله الرد بالعيب ، وعلى هذا الخلاف إذا أحرمت الحرة ببيع نقل ثم تزوجت فلزوج أن يحللها عندنا خلافاً له . وجه قوله ما ذكره المصنف بقوله (لأن هذا عقد سبق ملكه) بنصب ملكه مفعولاً لسبق : أى سبق وجوده ملك المشتري فليس له أن يتقضه (كما إذا اشترى جارية منكوحة) ليس له أن يفسخ نكاحها لهذا المعنى بعينه فكذلك هذا . قلنا : المشتري في ملك الرقية قائم مقام البائع ولم يكن للبائع ولاية لإبطال النكاح وله التحليل وإن كره فكذلك المشتري ، إلا أنه لا كراهة على المشتري لأنها في حق البائع يمكن خلع الوعد وهو منتف في المشتري . ثم في أصل المسئلة خلاف الشافعي ، فعنده ليس للسيد التحليل بعد الإذن ، وافترقا على أن ليس للزوج تحليل الزوجة إذا أحرمت بنقل بإذنه ، وإنما له ذلك إذا أحرمت بلا إذن قفاس الشافعي على ذلك يجمع الإذن فيسقط حقه ، وقياساً على إبطال عمل نفسه بجامع الرضا بواسطة الإذن هنا ، ونحن نمنع عمل الإذن في السقوط مطلقاً ، بل إن كان الثابت مجرد حق كما في الزوجة فإنه لا يملك منافعتها ، وإنما له حق فيها فيسقط بالإذن . أما إن كان الثابت حقيقة الملك فلا إذلاشك في أن الملك لا يسقط به . وإنما عمله في التبرع

الصوم والمشي لأنه إذا فعل ذلك ساء خلقه فجادل والجدال منهي عنه في الحج . وقوله (وأفعال الحج تنتهي بطواف الزيارة) يريد بالأفعال الأركان لا مطلق الأفعال ، فإن روى الجمار وغيره من أفعال الحج . وقوله (ثم قيل) يعني أن محمداً لم يذكر شيئاً من الكتب من أى موضع يبدأ . واختلف المشايخ فيه ، فقيل : يتلئ من حين يحرم وعليه الإمام فخر الإسلام والإمام الغزالي وغيرهما (وقيل من بيته) وعليه شمس الأئمة السرخسي ومال إليه المصنف ، وقال (لأن الظاهر أنه هو المراد) يعني أنه هو المتعارف والعرف معتبر في التلئ ، فإذا ثبت أنه واجب (فلو ركب أراق دما لأنه أدخل نقصا فيه) يدل على ذلك ما روى عن عقبة بن عامر الجهمي وأنه جاء إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال : إن أشتى ثلث أن تحج ماشية حافية ، فقال عليه الصلاة والسلام : إن الله تعالى لغنى عن تعذيب أختكم مرها فلتركب ولتدب لركوبها شاة . وفي بعض الروايات (وتلوق دما) وقوله (قالوا) يعني المشايخ كأنه بيان التوفيق بين رواية الأصل ورواية الجامع . روى الإمام فخر الإسلام عن الفقيه أبي جعفر أنه قال (إنما يركب إذا بعدت المسافة وشق المشي ، وأما إذا قربت والرجل ممن يعتاد المشي ولا يشق عليه ينهي أن لا يركب) وقوله (ومن باع جارية محرمة) ظاهر . قوله (وقد كان البائع) يعني على ظاهر الرواية

بمنافه وذلك لا يلزم دائما في المستقبل بل عمله في رفع المخالفة والمشاقة فيها أنه ، ففي نهاية كان ذلك منتهى عمل الإذن لما قلنا إنه لم يعمل في دوام السقوط في المستقبل وصار كالإذن في استخدام العبد لغيره وكتبتهما مع الزوج له فيها الرد إلى الاستخدام والمنع بما أذن فيه ، وهذا لأنه لا دليل على أنه جعل جلاله أسقط الملك وآثاره بالإذن بالإحرام فبقى على معاهد له من الوازم ، بل عهد أنه جل ذكره قدم حق العبد على حقه عند التمازض لفقره وغنى العزيز العظيم . وهذا ، وإذا أحرمته الحرة بالفرض فليس له أن يحللها إن كان لها محرم عندنا ، فإن لم يكن لها فله منها ، فإن أحرمت فهي محصورة لحق الشرع ، فلذا إذا أراد الزوج تحليلها فلها لا تتحلل إلا بالهدى ، بخلاف ما لو أحرمت بنقل بلا إذن فله أن يحللها ولا يتأخر تحليله إياها إلى ذبح الهدى بل يحللها من ساعته وعليها هدى لتعجيل الإحلال وحجة وعمرة لأن هناك لاحق للزوج في منها لو وجدت محرما ، وإنما تعدل عليها الخروج لفقد المحرم . شرعا فلا تتحلل إلا بالهدى ، وهناك تعدل الخروج لحق الزوج ، فكذا لا يكون لها أن تبطل حقه ليس لها أيضا أن تؤثره ، كذا في باب الإحصار من الميسوط . والتحليل أن ينهاها ويفعل بها أدنى ما يحرم بالإحرام كقص ظفر وتقبيل أو معاينة ، وهو أولى من التحليل بالجماع لأنه أعظم محظورات الإحرام حتى يتعلق به الفساد فلا يقبله تعظيلا لأمر الحج ، ولا يقع التحليل بقوله حلتك بل يفعله أو يفعلها بأمره كالامتناسح بأمره لأنه صلى الله عليه وسلم قال لعائشة : امتشطي وارفضي عمرتك حين حاضت في العمرة . ولو جامع زوجته أو أمته المحرمة ولا يعلم بإحرامها لم يكن تحليلها وقصد حجها ، وإن علمه كان تحليلها ، ولو حللها ثم بدله أن يأذن لها فأذن فأحرمت بالحج ولو بعد ما جامعها من عامها ذلك لم يكن عليها عمرة ولا نية القضاء ، ولو أذن لها بعد مضي السنة كان عليها عمرة مع الحج . وقال زفر : عليها العمرة فيها ونية القضاء لأنها تقرر في ذمتها برفض الحج فلا تخرج عن عهدتها إلا بها مع نية القضاء ، فلم تنو لم تخرج من العهدة ، وفي هذا لا فرق بين عام الإحلال والعام القابل . قلنا : إن قلت بمجرد التحليل تقرر منعه ، بل اللازم حين تلك الحجة ما لم يفسد الوقت ، فإذا مضى بلا إيقاع فيه جيتبت لزمه مظهرها وهو القضاء لأنه أداء مثل الواجب وذلك لا يتحقق إلا بعد خروج الوقت ، وصار كذا إذا شرع في صلاة في وقتها ثم قطعها فيه ثم أداها فيه أيضا ، وإذا كان التزوم ما لم تتحول السنة عين الواجب لم تلزمه عمرة ولا ينوى القضاء . ومن هذا قلنا : لو حللها فأحرمت فحللها فأحرمت هكذا مرارا ثم حجبت من عامها أجزأها عن كل التحليلات تلك الحجة الواحدة ، ولو لم تنج بعد التحليلات إلا من قابل كان عليها لكل تحليل عمرة . هذا وقلنا في باب الإحصار أنه إذا كان الإحصار في حجة الإسلام لا ينوى القضاء ، ولو تحولت السنة لأنها باقية في ذمته ما لم يؤدعها ولم يخرج الوقت لتصير قضاء لأن وقتها العمر والتضييق في أول سنّي الإمكان لا ينفيه لما حققنا في أول كتاب الحج من أن ذلك وجوب احتياط لا إفتراض . وقد أجمعوا أن بالأداء بعد التأخير بلا علة وتعمل الإثم يقع أداء ، وإذا أذن لأخته المتروجة في الحج فليس لزوجها منها لأن منافعتها للسيد .

وهذه الحائنة الموعودة وفيها ثلاثة مقاصد :

[المقصد الأول : في إيجاب الهدى وما يليه] يثبت لزوم الهدى بنذر تنجيذا وتعليقا ، ولا فرق بين قوله الله على أو على هدى لأنه لا يكون إلا لله ، ولا يلزم إلا فيما يملك ، فلو قال إن فعلت كذا فهدى لغير مملوك وروى ابن سماعة عن أبي يوسف أن المولى إذا أذن للعبد في الحج فليس له أن يحلله لأنه أسقط حقه بالإذن فصار

إلا أنه يكره ذلك للبائع لما فيه من خلف الوعد ، وهذا المعنى لم يوجد في حق المشتري ، بخلاف التكاثر لأنه ما كان البائع أن يفسخه إذا باشرت بإذنه فكذلك لا يكون ذلك للمشتري ، وإذا كان له أن يحللها لا يتمكن من

له ففعل لا شيء عليه إلا أن يكون ذلك المشار إليه ابنه ففقه القياس والاستحسان على ما سذكر في نذر ذبيح الولد وكذا لو قال ذلك لمملوك له فباعه ثم فعل ، ولو قال فهذا حر يوم أشتريه ففعل ثم اشتراه عتيق ، ولو اشتراه قبل القعل ثم فعل لا يعتق ، ولو قال إن فعلت فأنا أهدى كذا لزمه إذا فعل ، ويلزمه من إطلاق لفظ الهدى أمران : جواز ما يجوز في الأضحية من الشاة الضأن أو الممزر أو الإبل أو البقر إلا أن ينوي بعيرا أو بقرة فيلزمه ذلك ، وأن لا يذبح إلا في الحرم ، فإن كان في أيام النحر فالسنة ذبيحة بني ولا في مكة ، وله أن يذبحه حيث شاء من أرض الحرم . ولو قال على أن أهدى جزورا تعين الإبل والحرم ، ولو قال جزور فقط جاز في غير الحرم كصمر والشأم لأنه لم يذكر الهدى ، ولو قال بدنة فقط جاز البقرة والبعير حيث شاء إلا أن ينوي مينا من البدن . وعن أبي يوسف فتعني الحرم . فرق بينه وبين الجزور بأن اسم البدن لا يذكر في مشهور الاستعمال إلا في معنى المهداة ، ولو صرح بالهدى تعين الحرم فكذلك البدنة ، وظاهر المذهب خلافه إلا أن يزيد فيقول بدنة من شعائر الله ، ويمنع أن فيه نقلا شرعيا أو عرفيا بل كل منهما مشترك فيها ، وإذا ذبح الهدى في الحرم يتصدق به على مساكين الحرم ، وإن تصدق به على غيرهم أيضا جاز لأن معنى اسم الهدى لا يبين فقراء على أصلا بل إنما ينهي عن النقل إلى مكان وذلك هو الحرم إجماعا ، فتعين الحرم إنما هو لإفادة مأخذ اسم النقل ، ثم تعين المكان بالكتاب والإجماع فتعين فقراء الحرم قول بلا دليل ، وهذا لأن القرية بالإهداء تم بالنقل إلى الحرم والذبيح به تعظيها ، ولما لو سرق لم يلزمه غيره وبذلك انتهى مدلوله ويصير لحما . وجه القرية فيه شيء آخر هو التصديق ، وفي هذا مساكين الحرم وغيرهم سواء . وهل يجوز التصديق بالقيمة في الحرم في نذر الهدى كأن يقول هذه الشاة هدى ؟ في رواية أبي سليمان يجوز أن يهدي قيمتها ، وفي رواية أبي حفص لا يجوز . وجه الأولى اعتبار النذر بما أمر الله جل ذكره به من الغنم والإبل في الزكاة . وجه رواية أبي حفص أن في اسم الهدى زيادة على مجرد اسم الشاة وهو الذبيح ، فالقرية فيه تتعلق بالذبيح ثم التصديق بعد ذلك تبع ، بخلاف الزكاة فإن القرية إنما تتعلق في الشاة بالصدقة وهو ثابت في القيمة فيجوز ، وليس الذبيح ثابتا في قيمة الهدى فلا يجوز وهذا حسن . ومن نذر شاة فأهدى مكانها جزورا فقد أحسن ، وليس هذا من القيمة لثبوت الإرافة في البدن الأعلى كالأصل . وقالوا : إذا قال هدى على أن أهدى شاتين فأهدى شاة تساوى شاتين قيمة لم يجزه ، فلو عين الهدى مما لا يذبح فما يقبل النقل كالبيد والقندور والشياب فقال إن فعلت فتوفى هذا هدى أو هذا القندر هدى أو هذا العبد جاز لإهداء قيمته إلى مكة أو عينه ، ويجوز أن يعطى لحاجة البيت إذا كانوا فقراء ، وإن تصدق به أو بقيته في غير مكة كالكوفة ومصر جاز لأن معنى القرية في الأمتعة ليس إلا التصديق وهو في حق أهل مكة وغيرهم سواء بخلاف الهدى بما يشرع ذبيحة لأن معنى القرية فيه بالإرافة ولم تعرف قرية إلا في الحرم فتعني الحرم ، وغاية ما فيه أنه نذر التصديق في مكان فتصدق في غيره ، وذلك جاز عندنا لأن النذر بما هو قرية والقرية إنما هي بالتصدق فيعتقد النذر بعزده التصديق . وإن كان مما لا يقبل كالدار والأرض تعين القيمة إذا أراد الإيصال إلى مكة . وقوله فهذه الشاة هدى إلى البيت

المعبد كالحرم إلا أن المشتري له أن يحلله لأن الإحرام لم يقع بإذنه . وقوله (بخلاف التكاثر لأنه ما كان البائع ففسخه)

وحدها بالعيب هندنا ، وعند زفر يتمكن لأنه ممنوع عن غشيانها ،

أو مكة أو الكعبة موجب ، ولو قال إلى الحرم أو المسجد الحرام على الخلاف في التزام المشي إلى الحرم ، والمسجد الحرام عندهما موجب وعند أبي حنيفة لا . وقوله هدى إلى الصفا والمروة لا يجب اتفاقا على ماسبق في المشي . فإن قيل : ينبغي أن يلزم هنا على قوله أيضا لأن مجرد ذكر الهدى موجب فزيادة ذكر الحرم لا ترفع الوجوب بعد الثبوت ، بخلاف المشي إلى الحرم لأن مجرد قوله على المشي غير موجب بل مع ما عيشى إليه . أجيب بأن اسم الهدى إنما يوجب باعتبار ذكر مكة مضمرًا بدلالة العرف ، فإذا نص على الحرم أو المسجد تعلق إظهار مكة في كلامه ، إذ قد صرح بمواده فلا يجب شيء به . وقوله فتوي هذا ستر البيت أو أضرب به حطم البيت ملزم استحسانا ، لأنه يراد بهذا اللفظ هديه ، ولو قال كل مالى أو جميعه هدى فعلية أن يهدى ماله كله ويمسك منه قدر قوته ، فإذا أفاد مالا تصدق بقدر ما أمسك . وأورد هذه المسئلة في كتاب المبىة أن الأصل فيها إذا قال مالى صدقة فقال في القياس ينصرف إلى كل مال له ، وهو قول زفر . وفي الاستحسان ينصرف إلى مال الزكاة خاصة بخلاف ما إذا قال جميع ما أملك ، فمن المشايخ من قال ما ذكره هنا جواب القياس لأن التزام الهدى في كل مال كالترام الصدقة في كل مال . والأصح الفرق بأن إيجاب العبد لمعتبر بإيجاب الله تعالى ، وما أوجبه الله تعالى بلفظ الصدقة يختص بمال الزكاة ، فكذلك ما يوجبه العبد على نفسه ، وهما إنما أوجب بلفظ الهدى ، وما أوجبه الله تعالى بلفظ الهدى لا يختص بمال الزكاة . وفي تواتر ابن سحابة الله على أن أدبج ولم يقل صدقة لا شيء عليه . وعندى فيه نظر لأنه التزم بما من جنسه واجب إلا أن يقصد الذبح بنفسه . ومن قال لله على أن أغر ولدى في القياس لا شيء عليه ، وفي الاستحسان يلزمه شاة ، ولو كان له أولاد لزمه مكان كل ولد شاة ، وكلنا إذا نذر ذبح عبده عند أبي حنيفة وعند محمد يلزمه الشاة في الولد لا العبد ، وعند أبي يوسف لا يلزمه في واحد منهما .

[المقصد الثانى : في المأورة] اختلف العلماء في كراهة المأورة بمكة وعلمها ، فذكر بعض الشافعية أن المختار استحبابها إلا أن يقلب على ظنه الوقوع في المنور ، وهذا قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله . وذهب أبو حنيفة ومالك رحمهما الله إلى كراهتها ، وكان أبو حنيفة يقول : إنها ليست بدار هجرة ، وقال مالك : وقد مثل من ذلك : ما كان الناس يرحلون إليها إلا على نية الحج والرجوع وهو أعجب ، وهذا أحوط لما في خلافه من تعرض النفس على الخطر لإذ طبع الإنسان التبرم والملل من تواردها بما يتألف هواه في المعيشة وزيادة الانبساط الخلل بما يجب من الاحترام لما يكثر تكرره عليه ومداومة نظره إليه . وأيضًا الإنسان محل الخطأ كما قال عليه الصلاة والسلام : كل بنى آدم خطاء والمعاصي تضاعف على ما روى عن ابن مسعود رضى الله عنه إن صح ، ولا فلا شك أنها في حرم الله أفضح وأغلظ فتنهض سببا لغلظ الموجب وهو العقاب . ويمكن كون هذا هو محل المروى من التضاعف كمن لا يمارض قوله تعالى : ومن جاء بالسيرة فلا يجرى إلا مثلهما . أعني أن السيرة تكون فيه سببا لمقدار من العقاب هو أكثر من مقداره عنها في غير الحرم إلى أن يصل إلى مقدار عقاب سيئات منها في غيره ، والله أعلم . وكل من جبه الأمور سبب لثقت الله تعالى ، وإذا كان هذا حجة الشر فالسبيل الزوج عن صاحبه ، وقل من يطعن إلى نفسه في دعواها البراعة من هذه الأمور إلا وهو في ذلك مغرور .

جواب عن قياس زفر ، ولأنما يمكن له أن يفسخ إذا كان بإذنه لما أن النكاح حق الزوج فقد تعلق حقه به .

ألا يرى أن ابن عباس رضى الله عنهما من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم المحبين إليه المدعو له كيف اتخذ الطائف داراً وقال: «لأن أذن حسين ذنباً بركة» وهو موضع يقرب الطائف، أحب إلى من أن أذن ذنباً واحداً بمكة. وعن ابن مسعود رضى الله عنه: ما من بلدة يؤخذ العبد فيها بالخدمة قبل العمل إلا مكة، وتلا هذه الآية - ومن يرد فيه بإلحاد بظلم نلقه من عذاب أليم - وقال سعيد بن المسيب للذي جاء من أهل المدينة يطلب العلم: ارجع إلى المدينة فإننا نسمع أن ماكن مكة لا يموت حتى يكون الحرم عنده بمنزلة الحل لما يستحل من حرمها. وعن عمر رضى الله عنه قال: خطبة أصيبها بمكة أعز على من سبعين خطبة بغيرها. نعم أفراد من عباد الله استخلصهم وخلصهم من مقتضيات الطباع فأولئك هم أهل الجوار القاترون بفضيلة من تضاعف الحسنات والصلوات من غير ما يحبطها من الخطيئات والسيئات. في الحديث عنه عليه الصلاة والسلام «صلاة في مسجدى هذا أفضل من ألف صلاة في سواه من المساجد إلا المسجد الحرام، وصلاة في المسجد الحرام أفضل من مائة صلاة في مسجدى» وفي رواية لأحمد عن ابن عمر سمعته: يعنى النبي صلى الله عليه وسلم يقول «من طاف أسبوعاً بالبيت وصل ركعتين كان كعدل رقية» وقال سمعته يقول «مارفح رجل قلما ولا وضعا إلا كتب الله له عشر حسنات وحط عنه عشر سيئات ورفع له عشر درجات» وروى ابن ماجه عن ابن عباس رضى الله عنهما عنه عليه الصلاة والسلام «من أركب رمضان بمكة فصامه وقام منه ما تيسر كتب له مائة ألف شهر رمضان في سواها، وكتب الله له بكل يوم عتق رقية، وبكل ليلة عتق رقية، وكل يوم حلال فرس في سبيل الله» ولكن الفائز بهذا مع السلامة من إحباطه أقل القليل، فلا يبنى الفقه باعتبارهم ولا يذكر خطم قيدا في جواز الجوار لأن شأن النفوس الدعوى الكاذبة والمباذرة إلى دعوى الملكة والقدرة على ما يشترط فيها تتوجه إليه وتطلبه، وإنما لا كذب ما يكون إذا جلفت فكيف إذا ادعت، والله أعلم. وعلى هذا فيجب كون الجوار في المدينة المشرفة كذلك، فإن تضاعف السيئات أو تعاضلها وإن قد فيها فخافة السامة وقلة الأدب المقتضى إلى الإخلال بواجب التوقير والإجلال قائم. وهو أيضا مانع إلا للأفراد ذوى الملكات فإن مقامهم وموتهم فيها هي السعادة الكاملة. في صحيح مسلم «لا يصبر على لأواء المدينة وشذبتها أحد من أمي إلا كنت له شفيعا يوم القيامة أو شهيدا» وأخرج الترمذى وغيره عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم «من استطاع أن يموت بالمدينة فليمت فإني أشفع لمن يموت بها». [المقصد الثالث: في زيارة قبر النبي صلى الله عليه وسلم] قال مشايخنا رحمهم الله تعالى: من أفضل المنوبات وفي مناسك الفارسي وشرح المختار أنها قرية من الوجوب لمن له سعة. روى الدارقطني والبزار عنه عليه الصلاة والسلام «من زار قبري وجبت له شفاعتي» وأخرج الدارقطني عنه عليه الصلاة والسلام «من جافى زائرا لا تعلمه حاجة إلا زيارتي كان حقا على أن أكون له شفيعا يوم القيامة» وأخرج الدارقطني أيضا «من حج وزار قبري بعد موته كان زارني في حياتي» هذا والحج إن كان فرضا فالأحسن أن يبدأ به ثم يفتي بالزيارة، وإن كان تطوعا كان بالخيار، فإذا نوى زيارة القبر فليزعه زيارة المسجد: أى مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم

ليأذن المالك فلا يتمكن المالك من فسحه وإن بنى ملكه لتعلق حتى العبد به كالراهن ليس له ولاية الاستمتاع

فإنه أحد المساجد الثلاثة التي تشد إليها الرحال ، في الحديث « لا تشد الرحال إلا لثلاثة مساجد » المسجد الحرام ، ومسجدى هذا ، والمسجد الأقصى ، وإذا توجه إلى الزيارة يكثر من الصلاة والسلام على النبي صلى الله عليه وسلم مدة الطريق ، والأولى فيما يقع عند العبد الضعيف تجريد النية لزيارة قبر النبي صلى الله عليه وسلم ثم إذا حصل له إذا قدم زيارة المسجد أو يستمتع بفضل الله سبحانه في مرة أخرى يتوهم فيها لأن في ذلك زيادة تعظيمه صلى الله عليه وسلم وإجلاله ، ويوافق ظاهر ما ذكرناه من قوله عليه الصلاة والسلام « لا تعمله حاجة إلا زيارتي » وإذا وصل إلى المدينة اغتسل بظاهرها قبل أن يدخلها أو ترضاً والنسل أفضل ، وليس تنظيف ثيابه والجديد أفضل ، وما يفعله بعض الناس من النزول بالقرب من المدينة والمشى على أقدامه إلى أن يدخلها حسن ، وكل ما كان أدخل في الأدب والإجلال كان حسناً . وإذا دخلها قال : يا رب الله - رب أدخلني مدخل صدق - الآية ، اللهم افتح لي أبواب رحمتك وارزقني من زيارة رسولاك صلى الله عليه وسلم ما رزقت أوليائك وأهل طاعتك ، واغفر لي وارحمني يا خير مسئول ، وليكن متواضعاً متخفياً معظماً لحرمتها لا يفتر عن الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم مستحضراً أنها بلدته التي اختارها الله تعالى دار هجرة نبيه ومهبط الوحي والقرآن ومنبع الإيمان والأحكام الشرعية . قالت عائشة رضي الله عنها : كل البلاد افتتحت بالسيف إلا المدينة فلما افتتحت بالقرآن العظيم . وليس حضر قلبه أنه ربما صادف موضع قدمه ، ولما كان مالك رحمه الله ورضي عنه لا يركب في طرق المدينة ، وكان يقول : أستحي من الله تعالى أن أطأ تربة فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم بحافر دابة . وإذا دخل المسجد فعل ما هو السنة في دخول المساجد من تقديم اليمين ويقول : اللهم اغفر لي ذنوبي وافتح لي أبواب رحمتك ، ويلخل من باب جبريل أو غيره ، ويقصد الروضة الشريفة وهي بين المنبر والقبر الشريف ، فيصلي تحية المسجد مستقبلاً السارية التي تحمها الصندوق بحيث يكون عمود المنبر حلماً منكب الأيمن إن أمكنه ، وتكون الحنية التي في قبلة المسجد بين عينيه ، فذلك « وقف رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما قيل قبل أن يغير المسجد . وفي بعض المناسك : يصلي تحية المسجد في مقامه عليه الصلاة والسلام وهو الحفرة . قال الكرمانى وصاحب الاختيار : ويسجد لله شكراً على هذه النعمة ويسأله تمامها والقبول . وقيل ذرع ما بين المنبر وموقفه عليه الصلاة والسلام الذي كان يصلي فيه أربعة عشر ذراعاً وشبر ، وما بين المنبر والقبر ثلاث وخسون ذراعاً وشبر ، ثم يأتي القبر الشريف فيستقبل جداره ويستند القبل على نحو أربعة أذرع من السارية التي عند رأس القبر في زاوية جداره . وما عن أبي الليث أنه يقف مستقبل القبلة مردود بما روى أبو حنيفة رضي الله عنه في مسنده عن ابن عمر رضي الله عنهما قال : من السنة أن تأتي قبر النبي صلى الله عليه وسلم من قبل القبلة وتجعل ظهرك إلى القبلة وتستقبل القبر بوجهك ثم تقول : السلام عليك أيها النبي ورحمة الله وبركاته ، إلا أن يعمل على نوع ما من استقبال القبلة ، وذلك أنه عليه الصلاة والسلام في القبر الشريف المكرّم على شقه الأيمن مستقبل القبلة . وقالوا في زيارة القبور مطلقاً : الأولى أن يأتي الزائر من قبل رجل المتوفي لامن قبل رأسه فإنه أحب لبصر الميت ، بخلاف الأول لأنه يكون مقابلاً بصره لأن بصره ناظر إلى جهة قدميه إذا كان على جنبه فلي هذا تكون القبلة عن يسار الواقف من جهة قدميه عليه الصلاة والسلام ، بخلاف ما إذا كان من جهة وجهه الكريم ، فإذا أكره الاستقبال إليه عليه الصلاة والسلام لأكمل بالمرهون لتعلق حق المرتن بإذنه ، والمشتري قام مقامه بعد الشراء ، فكذلك لا يكون له حق الفسخ أيضاً ، وأما

الاستقبال بكون استبداره القبلية أكثر من أخذه إلى جهتها فيصلق الاستبدار ونوع من الاستقبال . وينبغي أن يكون وقوف الزائر على ما ذكرنا ، بخلاف تمام استبدار القبلية واستقباله صلى الله عليه وسلم فإنه يكون البصر ناظرا إلى جنب الواقف ، وعلى ما ذكرنا يكون الواقف مستقبلا وجهه عليه الصلاة والسلام وبصره فيكون أولى ، ثم يقول في موقعه : السلام عليك يا رسول الله ، السلام عليك ياخير خلق الله ، السلام عليك ياخير الله من جميع خلقه ، السلام عليك يا حبيب الله ، السلام عليك يا سيد ولد آدم ، السلام عليك أيها النبي ورحمة الله وبركاته يا رسول الله ، إني أشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له وأنت عبده ورسوله وأشهد أنك يا رسول الله قد بلغت الرسالة وأديت الأمانة ونصحت الأمة وكشفت الغمة ، فجزاك الله عنا خيرا ، جزاك الله عنا أفضل ما جازى نبيا عن أمته . اللهم أعط سيدنا عبداً ورسولك محمداً الوسيلة والفضيلة ، والدرجة العالية الرفيعة ، وابعثه المقام المحمود الذي وعدته ، وأنزله المنزل المقرب عندك ، إنك سبحانك ذو الفضل العظيم . ويسأل الله تعالى حاجته متوسلا إلى الله بحضرة نبيه عليه الصلاة والسلام . وأعظم المسائل وأهمها سؤال حسن الخطامة والرضوان والمغفرة . ثم يسأل النبي صلى الله عليه وسلم الشفاعة فيقول : يا رسول الله أسألك الشفاعة ، يا رسول الله أسألك الشفاعة وأتوسل بك إلى الله في أن أموت مسامحا على ملئتك وسنتك ، ويذكر كل ما كان من قبيل الاستعطاف والرق به ، ويغتنب الألفاظ الدالة على الإدلال والقرب من مخاطب فإنه سوء أدب . وعن ابن أبي فديك قال : سمعت بعض من أدركت يقول : بلغنا أنه من وقف عند قبر النبي صلى الله عليه وسلم فتلا هذه الآية - إن الله وملائكته يصلون على النبي - الآية ، ثم قال : صلى الله عليه وسلم يا محمد سبعين مرة ، ناداه ملك صلى الله عليه وسلم عليك يا فلان ولم تستطع له حاجة . هذا وليبلغ سلام من أوصاء بتبليغ سلامه فيقول : السلام عليك يا رسول الله من فلان بن فلان أو فلان بن فلان يسلم عليك يا رسول الله . يروي أن عمر بن عبد العزيز رحمه الله كان يوصي بذلك ويرسل البريد من الشام إلى المدينة الشريفة بذلك ، ومن ضاق وقته عما ذكرناه اقتصر على ما يمكنه . وعن جماعة من السلف الإيجاز في ذلك جدا ، ثم يتأخر عن يمينه إذا كان مستقبلا قيد ذراع ١ فيسلم على أبي بكر رضي الله عنه ، فإن رأسه حيال منكب النبي صلى الله عليه وسلم ، وعلى ما ذكرنا يكون تأخره إلى ورائه يمينه فيقول : السلام عليك يا خليفة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وثانيه في الغار أيا بكر الصديق : جزاك الله عن أمة محمد صلى الله عليه وسلم خيرا ، ثم يتأخر كذلك قدر ذراع فيسلم على عمر رضي الله عنه ، لأن رأسه من الصديق كراسم الصديق من النبي صلى الله عليه وسلم فيقول : السلام عليك يا أمير المؤمنين عمر الفاروق الذي أعز الله به الإسلام ، جزاك الله عن أمة محمد صلى الله عليه وسلم خيرا ، ثم يرفع إلى حيال وجه النبي صلى الله عليه وسلم فيحمد الله ويشئ عليه ويصل ويسلم على نبيه ويدعو ويستشفع له ولوالديه ولن أحب ، ويحم دعامه بآمين والصلاة والتسليم . وقيل ما ذكر من العود إلى رأس القبر الشريف لم يقل عن الصحابة ولا التابعين . وأخرج أبو داود عن القاسم بن محمد قال : دخلت على عائشة رضي الله عنها فقلت : يا أم المؤمنين اكشفي لي عن قبر رسول الله صلى الله عليه وسلم وصاحبيه

ههنا فقد اجتمع في البحارية حقان : حق الله تعالى في الإحرام ، وحق المشتري في الاستمتاع ، فيقدم حق العبد

(١) قوله قيد ذراع في بعض النسخ (قيد ذراع) ، وإليه يكره الثاقب والقدور يعني واحد كما في كتب اللغة كتبه مصححه .

(و) ذكر في بعض النسخ أو يمامها) والأول يدل على أنه يحملها بغير الجماع بقص شعر أو بقلم ظفر ثم يجمع ، والثاني يدل على أنه يحملها بالجماعة لأنه لا يخلو عن تقديم مس يقع به التحلل ، والأولى أن يحملها بغير الجماعة تعظيماً لأمر الحج ، والله أعلم .

فكشفت عن ثلاثة قبور لا مشرفة ولا لاطئة مطووجة ببطحاء العرصة الحمراء ، رواه الحاكم ، وزاد : فرأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم مقدماً ، وأبا بكر رأسه بين كفى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وعمر رأسه عند رجل النبي صلى الله عليه وسلم ، صححه الحاكم . وإذا فرغ من الزيارة يأتي الروضة فيكثر فيها من الصلاة والدعاء إن لم يكن وقت تكبيرة فيه الصلاة ، ففي الصحيحين « ما بين يني ومنبري روضة من رياض الجنة » وفي رواية « قبري ومنبري » ويقف عند المنبر ويدعو ، ففي الحديث « قواعد منبري رواب في الجنة » وعنه عليه الصلاة والسلام « منبري على ترعة من ترع الجنة » وكان السلف يستحبون أن يضع أحدهم يده على رمانة المنبر النبوي التي كان عليه الصلاة والسلام يضع يده عليها عند الخطبة . وهناك الآن قطعة تدخل الناس أيديهم من طاقة في المنبر إليها يتبركون بها يقال إنها من بقايا منبره عليه الصلاة والسلام ، ويحسد أن لا يفوته مدة مقامه صلاة في المسجد : فقد ثبت أن صلاة في مسجده تعدل ألف صلاة في غيره على ما قدمنا ، وهذا التفضيل مختص بالفرائض . وقيل في النقل أيضاً ، ولعلنا قدمنا ما ينفي في كتاب الصلاة ، وقد اشتهر عنه عليه الصلاة والسلام أن أفضل صلاة الرجل في منزله إلا المكتوبة ، وهذا قاله وهو في المدينة يشاهده به الحاضرين عنده في المسجد والغائبين ، ثم هو صلى الله عليه وسلم لم يؤثر عنه النقل في المسجد بل في بيته من التهجود وركعتي الفجر وغيرها ، ولو كان كذلك لم يصل نافلة إلا في المسجد ، أو يكون ذلك هو الأكثر ، وخلافه قليل في بعض الأحيان خصوصاً ومن بيته إلى المسجد تقل قدم واحدة . وقد يقال أيضاً إن ذلك إنما هو في حق الرجال لأنه صلى الله عليه وسلم أمر المرأة التي سألت الحضور والصلاة معه أن تصلي في بيتها مع أن الخروج لمن كان مباحاً إذ ذاك ، وقد قدمنا تحريج هذا الحديث في باب الإمامة من كتاب الصلاة ، فلم أن إطلاق الخروج لمن إذ ذاك كان ليتعلم ما يشاهده من آداب الصلاة وحسن أداء الناس وغير ذلك من العلم ويتعود المواظبة ولا يستقل الصلاة في البيت وغير ذلك من المصالح والله أعلم . ويستحب أن يخرج كل يوم إلى البقيع بقبع الفرقد ، فيزور القبور التي بها خصوصاً يوم الجمعة ، ويذكر كفى لافوته صلاة الظهر مع الإمام في المسجد ، فقد كان صلى الله عليه وسلم يزوره « وقال لأم قيس بنت محسن لما أخذ بيدها فذهباً إليه : ترين هذه القبرة ؟ قلت نعم . قال : يبعث منها سبعون ألفاً على صورة القمر ليلة البدر ويدخلون الجنة بغير حساب » وإذا انتهى إليه قال : السلام عليكم دار قوم مؤمنين ، وإننا إن شاء الله بكم لاجتقون ، اللهم اغفر لأهل بقيع الفرقد ، اللهم اغفر لنا ولهم . ويزور القبور المشهورة كقبر عثمان بن عفان رضي الله عنه ، وقبر العباس وهو في قبته المشهورة ، وفيها قبران الثري منهما قبر العباس رضي الله عنه والثري قبر الحسن بن علي وزين العابدين وولده محمد الباقر وابنه جعفر الصادق رضي الله عنهم كلهم في قبر واحد ، وعند باب البقيع عن يسار الخارج قبر صفية أم الزبير عمة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وفيه قبر فاطمة بنت أسد أم علي رضي الله عنهما ، ويصلي في مسجد فاطمة بنت رسول الله بالبقيع وهو المعروف ببيت الأحرار ، وقيل قبرها فيه ، وقيل بل في الصندوق الذي هو أمام مصلى الإمام في الروضة الشريفة ، واستنبهده

لحاجته على حق الله تعالى لغناه . وقوله (وذكر في بعض النسخ) أي نسخ الجامع الصغير (أو يمامها) يعني

بعض العلماء . وقيل إن قبرها في بيتها وهو في مكان الحراب الخشب الذي خلف الحجرة الشريفة داخل الداريزين قال : وهو الأظهر . وبالبقيع قبة يقال إن فيها قبر عقيل بن أبي طالب وابن أخيه عبد الله بن جعفر بن أبي طالب . والمنقول أن قبر عقيل في داره ، وفيه حظيرة مستهمة مبنية بالحجارة يقال إن فيها قبر من دفن من أزواج رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضي الله عنه ، وفيه قبر إبراهيم ابن سيدنا رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو مدفون إلى جنب عثمان بن مظعون ، ودفن إلى جنب عثمان بن مظعون عبد الرحمن بن عوف رضوان الله عليهم أجمعين . وعثمان هذا أول من دفن بالبقيع في شعبان على رأس ثلاثين شهرا من الهجرة ، وبأى أحدا يوم الخميس مبكرا كي لا تقوته جماعة الظهر بالمسجد فيزور قبور شهداء أحد ، ويبدأ بقبر حزة عم النبي صلى الله عليه وسلم ، ويزور جبل أحد نفسه ، ففي الصحيح عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال « أحلجل يحننا ونحنه » وفي رواية لابن ماجه « أنه على ترعة من ترع الجنة . وأن عمرا على ترعة من ترع النار » وعن ابن عمر رضي الله عنهما « مر رسول الله صلى الله عليه وسلم بمصعب بن عمير فوقف عليه وقال : أشهد أنك أحياء عند الله فزورهم وسلموا عليهم ، فولد النبي صلى الله عليه وسلم عليهم أحد إلا رموا عليه السلام إلى يوم القيامة » ويستحب أن يأتي مسجد قباء يوم السبت اقتداء به صلى الله عليه وسلم لأنه كان يأتيه في كل سبت راكبا ومشيا . يمتحن عليه ، وهو أول مسجد وضع في الإسلام ، وأول من وضع فيه حجرا رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم أبو بكر ثم عمر ثم عثمان رضي الله عنهم . وينوي زيارته والصلاة فيه . فقد صح عنه صلى الله عليه وسلم أن الصلاة فيه كعمرة . ويأتي في قباء بئر أريس التي تغل فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم وفيها سقط خاتمه صلى الله عليه وسلم من عثمان رضي الله عنه ، فيتوضأ ويشرب ويزور مسجد الفتح وهو على قطعة من جبل سلع من جهة الغرب فيركم فيه ويدعو . روى جابر أنه صلى الله عليه وسلم دعا فيه ثلاثة أيام على الأحزاب فاستجيب له يوم الأربعاء بين الصلاتين . والمسجد الذي هناك منها مسجد يقال له مسجد بني ظفر وفيه حجر جلس عليه النبي صلى الله عليه وسلم ، ويقال ما جلست عليه امرأة تريد الولد إلا حبلت ، ويقال إن جميع المساجد والمشاهد المفضلة التي بالمدينة ثلاثون يعرفها أهل المدينة ، ويقصد الآبار التي كان صلى الله عليه وسلم يتوضأ منها ويشرب وهي سبعة منها بئر بضاعة ، والله أعلم .

(فصل)

وإذا عزم على الرجوع إلى أهله يستحب له أن يودع المسجد بصلاة ويدعو بعدها بما أحب ، وأن يأتي القبر الكريم فيسلم ويدعو بما أحب له ولوالديه وإخوانه وأولاده وأهله وماله ، ويسأل الله تعالى أن يوصله إلى أهله سالما غانما في حافية من بليات الدنيا والآخرة ويقول : غير مودع يا رسول الله ، ويسأل إن شاء الله تعالى أن يردّه إلى حرمه وحرم نبيه في حافية ، وليكثر دعاءه بذلك في الروضة الشريفة عقب الصلوات وعند القبر ، ويصعد في خروج الدمع فإنه من أمارات القبول ، وينبغي أن يتصدق بشيء على جيران النبي صلى الله عليه وسلم ثم ينصرف

قال : فلهبشترى أن يحللها أو يحامها ، وبأى كلامه ظاهر . وهذا آخر العبادات ، والله تعالى هو المعين على الإحرام .

(١) قوله ويسأل إن شاء الله تعالى (مكلا في الأصول ، ولا عمل لذكر الشيعة مع سؤال الله كما لا يخفى فمركبه صحيح .

كتاب النكاح

منها يكما متحسرا على فراق الحضرة الشريفة النبوية والقرب منها . ومن سنن الرجوع أن يكبر على كل شرف من الأرض ويقول : آيئون تائبون عابدون ساجدون لربنا حامدون ، صدق الله وعده ، ونصر عبده ، وهزم الأحزاب وحده . وهذا متفق عليه عنه صلى الله عليه وسلم - كل شيء هالك إلا وجهه له الحكم وإليه ترجعون - .

وليحذر كل الحذر مما يصدر من بعض الجهلة من إظهار التندم على السفر والعزم على عدم العود ، وقوله لغیره : احذر أن تعود ونحو ذلك فهذا كله تعرض للمقت بل دليل عدم القبول والمقت في الحال . وإذا أشرف على بلده حرّك دابته ويقول : آيئون أيضا الخ . وروى النسائي أنه عليه الصلاة والسلام لم يقرية يريد دخولا إلا قال حين يراها : اللهم رب السموات السبع وما أظلل ، ورب الأرضين السبع وما أظلل ، ورب الشياطين وما أضلل ، ورب الرياح وما ذرين ، فإننا نسألك خير هذه القرية وخير أهلها وخير ما فيها ، ونعوذ بك من شرها وشر أهلها وشر ما فيها ، ويقول : اللهم اجعل لي فيها قرارا ورزقا حسنا ، ويرسل إلى أهله من يخبرهم ولا يبيتهم بمجيئه داخل عليهم ، فإنه نهى عن ذلك ، وإذا دخلها بدأ بالمسجد فصلى فيه ركعتين إن لم يكن وقت كراهة ، ثم يدخل منزله ويصلي فيه ركعتين ويحمد الله تعالى ويشكره على ما أولاه من إتمام العيادة والرجوع بالسلامة ، ويدعو حبه وشكره مدة حياته ، ويجتهد في عناية ما يوجب الإحباط في باقي عمره . وعلامة الحج البرور أن يعود خيرا مما كان قبل .

(قال المصنف مع الله المسلمين بوجوده) : وهذا تمام ما يسه الله سبحانه لعبد الضعيف من ريع العبادات . أسأل الله رب العالمين ذا الجود الميم أن يحقق في فيه الإخلاص ويعمله نافعا لي يوم القيامة ، إنه على كل ما يشاء قدير وبالإجابة جدير . والآذ أشرع برئنا من الحول والقوة مفتتحا كتاب النكاح ، سائلا من فضله تعالى أن يمن علي بحجّ الرّبع الثاني وإكمال مقاصده على وجه يرضاه ويرضى به عن عبده ، ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه عبده ورسوله صاحب الشرع القويم والصراط المستقيم .

كتاب النكاح

هو أقرب إلى العبادات حتى إن الاشتغال به أفضل من التخلّي عنه فخص العبادة على مائتين إن شاء الله تعالى فلذا أولاه العبادات . والجهد وإن كان عبادة إلا أن النكاح سبب لما هو المقصود منه وزيادة فإنه سبب لوجود المسلم والإسلام ، والجهد سبب لوجود الإسلام فقط ، كذا قيل . والحق أن الجهد أيضا سبب لما إذ نقل الموصوف من صفة إلى صفة : أعني من الكفر إلى الإسلام يصحح قولنا إنه سبب لوجود المسلم والإسلام ، فالحق اشتراكهما في ذلك لكن لانتسبه بينهما في تحصيل ذلك ، فإن ما يحصل بأنكحة أفراد المسلمين منه أضعاف ما يحصل

كتاب النكاح

لما فرغ من العبادات شرع في المعاملات وأبتدأ من بينها بالنكاح لأن فيه مصالح الدين والدنيا ،

كتاب النكاح

(١) في نسخة الحق العلامة البحر اوى حفظه الله به هذا ما نصه : هذا آخر الجزء الأول من مجزاة شيخ الإسلام مؤلفه نفعنا الله بعلومه وأعاد علينا من بركة آئين : وصل الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم ، وأول الجزء الثاني كتاب النكاح له . كنية مصنفه .

بالقتال ، إذ الغالب حصول القتل به أو اللمة دون إسلام أهل النار فقدّم للأكثرية في ذلك . وأما من أولى العبادات البيوع فغفر إلى بساطته بالنسبة إلى النكاح باعتباره محض معنى المعاملة فيه بخلاف النكاح . وليس أحد يعجز في إبداء وجه تقديم معنى على معنى ، فإن كل معنى له خصوصية ليست في الآخر ، فالمقدم يعتبر ما لما لمثمه ويسكت عما لما أخره ، والعكس يعكس ذلك النظر ، وإنما إبداء وجه أولوية تقديم هذا على ذلك هو التحقيق ، وهو يستلزم النظر بين الخصوصيتين أيهما يقتضى أو أكثر اقتضاء للتقديم ، وقد يقضى إلى تكثير جهات كل واحد وخصوصياته ويستلزم تطويلا مع قلة الجدوى ، فالاعتصار في ذلك أدخل في طريقة أهل العلم والتحصيل ، ولا بد في تحصيل زيادة البصيرة فيما نشرع فيه من تقديم تحصيل أمور : الأمر الأول مفهومه لغة ، قيل هو مشترك بين الوطء والعقد اشتراكا انظما ، وقيل حقيقة في العقد مجاز في الوطء ، وقيل بقلبه وعليه مشايخنا رحمهم الله صرحوا به وصرحوا بأنه حقيقة في الضم ، ولا منافاة بين كلامهم لأن الوطء من أفراد الضم ، والموضوع للأهم حقيقة في كل من أفراد كإنسان في زيد لا يعرف التقدم غير هذا إلى أن حدث التفصيل بين أن يراد به خصوص الشخص بعينه ، يعنى يجعل خصوص عولرضه المشخصة مرادا مع المعنى الأعم بلفظ الأعم فيكون مجازا وبلا حقيقة ، وكأن هذه الإرادة قلما تخطر عند الإطلاق حتى ترك الأقدمون تقدير ذلك التفصيل بل المتبادر من مراد من يقول لزيد يا إنسان يامن يصدق عليه هذا اللفظ لا يلاحظ أكثر من ذلك فيكون المشترك المعنوي حقيقة فيما . واعلم أن المتحقق الاستعمال في كل من هذه المعاني . ففي الوطء قوله صلى الله عليه وسلم « ولدت من نكاح لامن سفاح » أى من وطء حلال لا من وطء حرام . وقوله « يحل للرجل من أمراته الخائف كل شيء إلا النكاح » وقول الشاعر :

ومن أيم قد أنكحتها رماحنا وأخرى على خال وعم تلهف
وقوله : • ومنكحة غير ممهورة •

وقول الآخر : التاركين على طهر نسائم والتاكجين بشطى دجلة البقار
وفي العقد قول الأصمى :

ولا تفسرين جارة إن سرّها عليك حرام فانكحن أو تأبدا
وفي المعنى الأعم قول القائل :

ضمنت إلى صبرى معطر صبرها كما نكحت أم الغلام صبيها
أى ضمته ، وقول أبي الطيب :

أنكحت صم حصاها خف يعملة تفسرت بي إليك السيل والجبل

فدعي الاشتراك اللفظي يقول تحقق الاستعمال والأصل الحقيقة . والثاني يقول كونه مجازا في أحدهما حقيقة في الآخر حيث أمكن أولى من الاشتراك ثم يدعى العقد عند إطلاق لفظ النكاح دون الوطء ويميل فهم الوطء منه حيث فهم على القرينة ، ففي الحديث الأول هي عطف السفاح بل يصح حل النكاح فيه على العقد وإن كان

وقد اشتهرت في عهد من زغب عنه ومحرفين من زغب فيه الآثار ، وما اتفق في حكم من أحكام الشرع مثل ما اتفق في النكاح من اجتماع دواعي الشرع والعقل والطبع . فأما دواعي الشرع من الكتاب والسنة والإجماع فظاهرة .

الولادة بالذات من الوطء ، وفي الحديث الثاني إضافة المرأة إلى ضمير الرجل ، فإن امرأته هي المقعود عليها فيلزم إرادة الوطء من النكاح المستثنى وإلا فسد المعنى إذ يصير محل من المقعود عليها كل شيء إلا العقد ، وفي الآيات الإضافة إلى البقر ونفى المهر والإسناد إلى الرماح ، إذ يستفاد أن المراد وطء البقر والمسيبات . والجواب منع تبادل العقد عند إطلاق لفظ النكاح لغة بل ذلك في المفهوم الشرعي الفقهي . ولا نسلم أن فهم الوطء فيها ذكر مستند إلى القرينة وإن كانت موجودة ، إذ وجود قرينة يؤيد إرادة المعنى الحقيقي مما يثبت مع إرادة الحقيقي فلا يستلزم ذلك كون المعنى مجازيا بل المعتبر تجريد النظر إلى القرينة إن عرف أنه لولاها لم يبدل اللفظ على ما عينته فهو مجاز وإلا فلا ، ونحن في هذه المواد المذكورة نفهم الوطء قبل طلب القرينة والنظر في وجه دلالتها فيكون اللفظ حقيقة وإن كان مقرونا بما إذا نظر فيه استدعى إرادة ذلك المعنى . ألا يرى أن ما ادعوا فيه الشهادة على أنه حقيقة في العقد من بيت الأعشى فيه قرينة تفيد العقد أيضا ، فإن قوله فلا تقرين جارة نهي عن الزنا بدليل إن مرها عليك حرام فيلزم أن قوله فأنكحن أمر بالعقد : أي فزواج إن كان الزنا عليك حراما أو تأبد ، أي توحش : أي كن منها كالوحش بالنسبة إلى الأعميات فلا يكن منك قربان لمن كما لا يقرهن وحشي ، ولم يمنع ذلك أن يكون اللفظ في العقد حقيقة عندهم في هذا البيت إذ هم لا يقولون بأنه مجاز في هذا البيت ، وأما ادعاء أنه في الحديث للعقد فيستلزم التجوز في نسبة الولادة إليه لأن العقد إنما هو سبب السبب ، ففيه دعوى حقيقة بالخروج عن حقيقة وهو ترجيح بلا مرجح لو كانا سواء ، فكيف والأنسب كونه في الوطء ليحقق التقابل بينه وبين السفاح ، إذ يصير المعنى من وطء حلال لامن وطء حرام فيكون على خاص من الوطء ، والدال على الخصوصية لفظ السفاح أيضا ثبت إلى هنا أن ما لم نرد على ثبوت مجرد الاستعمال شيئا يجب اعتباره ، وقد علم ثبوت الاستعمال أيضا في الضم ، فباعتباره حقيقة فيه يكون مشتركا معنويا من أفراد الوطء والعقد إن اعتبرنا الضم أصم من ضم الجسم إلى الجسم والقول إلى القول أو الوطء فقط فيكون مجازا في العقد لأنه إذا دأب بين المجاز والاشتراك اللفظي كان المجاز أولى ما لم يثبت صريحا خلافا ، ولم يثبت ثقل ذلك بل قالوا : ثقل المبرد عن البصريين وغلاد ثعلب الشيخ أبو عمرو الزاهد عن الكوفيين أنه الجمع والضم ، ثم المتبادر من لفظ الضم تعلقه بالأجسام لا الأقوال لأنها أعراس يتلاشى الأول منها قبل وجود الثاني ، فلا يصادف الثاني ما ينضم إليه فوجب كونه مجازا في العقد ، ثم أفراد الضم تختلف بالشدّة فيكون لفظ النكاح من قبيل المشكك . الأمر الثاني مفهومه اصطلاح وهو عقد وضع فملك المتعة بالأنثى قصدا ، والتقيّد الأخير لإخراج شراء الأمة للتسرى ، والمراد وضع الشارع لا وضع المتعاقدين له وإلا ورد عليه أن المقصود من الشراء قد لا يكون إلا المتعة . واعلم أن من الشارحين من يعبر عن هذا بتفسيره شرحا . ويجب أن يراد عرف أهل الشرع وهو معنى الاصطلاح الذي صبرنا به لأن الشارع قلناه لم يثبت : وإنما تكلم به الشارع

وأما ادعاء العقل فإن كل عاقل يجب أن يرى اسمه ولا يمتنعى رجمه ، وما ذلك غالبا إلا ببقاء النسل . وأما الطبع فإن الطبع البهيمي من الذكور والأنثى يدعو إلى تحقيق ما أعد من المباحيات الشهوانية والمضاجعات النفسانية ، ولا مزجرة فيها إذا كانت بأمر الشرع وإن كانت بدواعي الطبع بل يؤجر عليه ، بخلاف سائر المشروعات . والنكاح في اللغة عبارة عن الوطء ، ثم قيل للزواج نكاح مجازا لأنه سبب له ، وقيل هو مشترك بينهما .

(قوله لا يبقا النسل) أقول : والنكاح طريقه (قوله ولا مزجرة فيها الخ) أقول : ينقض بالأكل والشرب .

على وفق اللغة قلدا حيث ورد في الكتاب أو السنة مجردا عن القرائن نحمله على الوطء كما في قوله - ولا تنكحوا ما نكح آبائكم - حتى أثبتوا بها حرمة من زنا بها الأب على الابن . وقول قاضيهان : إنه في اللغة والشرع حقيقة في الوطء مجاز في العقد ، وقول صاحب المجتبى : هو في عرف الفقهاء العقد يوافق ما بيننا . والمراد بالعقد مطلقا سواء كان نكاحا أو غيره مجموع لإيجاب أحد المتكلمين مع قبول الآخر ، سواء كانا بالانفطين المشهورين من زوجت أو تزوجت أو غيرهما مما سنذكر أوكلام الواحد القائم مقامهما : أعنى المتولى الطرفين . وقوله الورشكي : إنه بمعنى يخل المخل فيغير به وزوجت وتزوجت آلة انعقاده إطلاق له على حكمه فإن المخل الذي يتغير به حال المخل من الحل والحلوة هو حكم العقد ، وقد صرح بإخراج الفقطين عن معناه وهو اصطلاح آخر غير مشهور . الأمر الثالث سبب شرعيته تعلق البقاء المقدر في العلم الأزلي على الوجه الأكمل ، ولا يمكن بقاء النوع بالوطء على غير الوجه المشروع لكنه مستلزم للظلم والسفك وضياح الأنساب . بخلافه على الوجه المشروع . الأمر الرابع شرطه الخاص به مباح اثنين بوصف خاص يذكر ، وأما الجلية فن الشروط العامة وتختلف بحسب الأشياء والأحكام كحلية المبيع والائتي للنكاح . الأمر الخامس : شرطه للى لا يخصه الأهلية بالعقل والبلوغ ، ويتبني أن يراد في الولي لا في الزوج والزوجة ولا في متولى العقد ، فإن تزويج الصغير والصغيرة جائز ، وتوكيل الصبي الذي يقبل العقد ويقصده جائز عندنا في البيع ، فصحة هنا أولى لأنه محض سفير ، وأما الحرية فشرط النفاذ بلا إذن أحد . الأمر السادس ركنه . وهو الجلس المقيّد في التعريف . الأمر السابع حكمه حل استمتاع كل منهما بالآخر على الوجه المأذون فيه شرعا ، فخرج الوطء في الدبر وحرمة المصاهرة وملك كل منهما على الآخر بعض الأشياء مما سيرة في أثناء الكتاب . الأمر الثامن صفته ، أما في حال التوقان قال بعضهم : هو واجب بالإجماع لأنه ينبغي على الظن أو يخاف الوقوع في الحرام ، وفي النهاية : إن كان له خوف الوقوع في الزنا بحيث لا يتمكن من التحرز إلا به كان فرضا له . ويمكن الحمل على اختلاف المراد فإنه قيد الخوف الواقع سببا للافتراض بكونه بحيث لا يتمكن من التحرز إلا به ولم يقيد به في العبارة الأولى ، وليس الخوف مطلقا يستلزم بلوغه إلى علم التمكن فليكن عند ذلك المبلغ فرضا ولا حواجب . هنا ما لم يعارضه خوف الجور ، فإن عارضه كره . قيل : لأن النكاح إنما شرع لتحصين النفس وتحصيل الثواب بالولد الذي يعبد الله تعالى . والذي يخاف الجور يأثم ويتركبه المحرمات فتعتمد المصالح لرجحان هذه المقاصد ، وتقصيته الحرمة إلا أن التصريح لا يفصل قلنا بالشيين له . وينبغي تفصيل تخوف الجور كتفصيل خوف الزنا ، فإن بلغ مبلغ ما افترض فيه النكاح جرم ولا كره كرامة تحريم ، والله أعلم . وفي البدائع : قيد الافتراض في التوقان بملك المهر والتفقة ، فإن من تأقت نفسه بحيث لا يمكن الصبر عنهن وهو قادر على المهر والتفقة ولم يتزوج يأثم ، وصرح قبله بالافتراض في حالة التوقان : وأما في حالة الاعتدال فداود وأتباعه من أهل الظاهر على أنه فرض عين على القادر على الوطء والإتفاق تمسكا بقوله تعالى - فأنكحوا ما طاب لكم من النساء - الآية ، وقوله صلى الله عليه وسلم لعكاف بن وداعة الملاي : وألك زوجة باعكاف ؟ قال لا ، قال : ولا جارية ؟ قال لا ، قال : وأنت صحيح موسر ؟ قال : نعم والحمد لله ، قال :

وفي اصطلاح عقد وضع لتقليد منافع البضغ . وسببه تعلق البقاء المقدر بتعايه . وشرطه الخاص حضور شاهدين لا يعتد إلا به ، بخلاف بقية الأحكام فإن الشهادة فيها للظهور عند الحاكم لا الاعتقاد . وشرطه العام الأهلية

فأنت إذا من إخوان الشياطين ، إما أن تكون من رهبان النصارى فأنت منهم ، وإما أن تكون منا فاصنع كما نصنع ، وإن من سنتنا النكاح . شراركم عزابكم ، وأراذل موتاكم عزابكم ، ويحك يا عكاف تزوج ، قال : فقال عكاف : يارسول الله إني لا أتزوج حتى تزوجني من شئت ، قال : فقال صلى الله عليه وسلم : فقد زوجتك على اسم الله والبركة كريمة بنت كلثوم الحميري . ورواه أبو يعلى في مسنده من طريق بقية ، وقوله صلى الله عليه وسلم : تناكحوا تناسلوا تكثرُوا غلّي مكائركم الأمم يوم القيامة . واختلف مشايخنا ، فقيل فرض كفاية للدليل الأول والأخير ، وتعليق الحكم بالعام لا ينفى كونه على الكفاية لأن الوجوب في الكفاية على الكل والمعرف لكونه يسقط بفعل البعض معرفة سبب شرعيته ، فإن كان بحيث يحصل بفعل البعض كان على الكفاية ، وقد عقلنا أن المقصود من الإيجاب تكثير المسلمين بالطريق الشرعي وعدم انقطاعهم ، ولذا صرح بالعملة حيث قال صلى الله عليه وسلم : تزوجوا الودود الولود غلّي مكائركم الأمم . ورواه أبو داود وهذا يحصل بفعل البعض . وأما حديث عكاف فإيجاب على معين فيجوز كون سبب الوجوب تحقق في جهة . وقيل : واجب على الكفاية لما أن الثابت بخبر الواحد الظن والآية لم تسق إلا لبيان العدد المخل على ما عرف في الأصول . وقيل مستحب . وقيل إنه سنة مؤكدة وهو الأصح ، وهو يحمل قول من أطلق الاستيجاب ، وكثيرا ما يتساهل في إطلاق المستحب على السنة . ونقل عن الشافعي رحمه الله أنه نباح ، وأن التجرد للعبادة أفضل منه ، وحقيقة أفضل ينفي كونه مباحا إذا لافضل في المباح . والحق أنه إن اقررت بنية كان ذا فضل ، والتجرد أفضل لقوله تعالى - وسيدا وحصورا ونبيا من الصالحين - ملح يحبي عليه السلام بعلم إتيان النساء مع القدرة عليه لأن هذا معنى الحصور . وحقيقة فإذا استدلل عليه بمثل قوله صلى الله عليه وسلم : من أراد أن يلقى الله طاهرا مطهرا فليزوج الحرائر . ورواه ابن ماجه ، ويقول صلى الله عليه وسلم : أربع من سنن المرسلين : الحناء ، والتعطّر ، والسواك ، والنكاح . ورواه الترمذي وقال : حسن غريب ، ويقول صلى الله عليه وسلم : أربع من أعطين فقد أعطى خير الدنيا والآخرة : قابلا شاكرا ، ولها نا ذاكرا ، وبدنا على البلاء صابرا ، وزوجة لا تبغيه حوبا في نفسها والله . ورواه الطبراني في الكبير والأوسط ، وإسناد أحدهما جيد . له أن يقول في الجواب لا أنكر التفضيلة مع حسن النية وإنما أقول التخلّي للعبادة أفضل : فالأولى في جوابه التمسك بحاله صلى الله عليه وسلم في نفسه ورده على من أراد من أمته التخلّي للعبادة ، فإنه صريح في عين المتنازع فيه وهو ما في الصحيحين « أن نفرا من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم قد سألوا أزواجه عن عمله في السر فقال بعضهم : لا أتزوج النساء ، وقال بعضهم : لا آكل اللحم ، وقال بعضهم : لا أنام على فراش فبلغ ذلك النبي صلى الله عليه وسلم فحمد الله وأثنى عليه وقال : ما بال أقوام قالوا كذا وكذا ، لكني أصلي وأنام وأصوم وأفطر . وأتزوج النساء ، فمن رغب عن سنتي فليس مني » فرد هذا الحال ردا مؤكدا حتى تبرا منه . وبالجملة فالأفضلية في الإتيان لا ينافي بحيل للنفس أنه أفضل نظرا إلى ظاهر عبادة وتوجهه ، ولم يكن الله عز وجل يرضى لأشرف أنبيائه إلا بأشرف الأحوال ، وكان حاله إلى الوفاة النكاح فيستحيل أن يقرره على تركه الأفضل مدة حياته ، وحال يحيى بن زكريا عليهما السلام كان أفضل في تلك الشريعة ، وقد نسخت الرهبانية في ملتنا ، ولو تعارضنا

بالعقل والبلوغ والمحل ، وهي امرأة لم يمنع من نكاحها مانع شرعي . وركنه الإيجاب والقبول كما في مسائل العقود ، والإيجاب هو المتلفظ به أولا من أي جانب كان والقبول جوابه . وحكمه ثبوت الحل عليها ووجوب

(النكاح ينقذ بالإيجاب والقبول)

قدم القسلك بحال النبي صلى الله عليه وسلم ، وعن ابن عباس رضي الله عنهما : « تزوجوا فإن خير هذه الأمة أكثرها نساء » ومن تأمل ما يشتمل عليه النكاح من تهذيب الأخلاق وتوسعة الباطن بالتحمل في معاشرة أبناء النوع وتربية الولد والقيام بمصالح المسلم العاجز عن القيام بها والنفقة على الأكابر والمستضعفين وإعفاف الحرم ونفسه ودفع الفتنة عنه وعنهن ودفع التقدير عنهن نجسهن لكفائتهن بثبوت سبب الخروج ثم الاشتغال بتأديب نفسه وتأهيله للعبودية ولتكون هي أيضا سببا لتأهيل غيرها وأمرها بالصلاة ، فإن هذه الفرائض كثيرة لم يكدر يقف عن الجزم بأنه أفضل من التخلي ، بخلاف ما إذا عارضة خوف الجور إذ الكلام ليس فيه بل في الاعتدال مع أداء الفرائض والسنن ، وذكرنا أنه إذا لم يقترن به نية كان مباحا عنده لأن المقصود منه حينئذ مجرد قضاء الشهوة ومبني العبادة على خلافه ، وأقول : بل فيه فضل من جهة أنه كان متمكنا من قضائها بغير الطريق المشروع ، فالعدول إليه منع ما يعلمه من أنه قد يستلزم أفعالا فيه قصد ترك المعصية وعليه يتأب ووعده العز من الله تعالى لاستحسان حاله ، قال صلى الله عليه وسلم « ثلاثة حق على الله عونهم : المحاهد في سبيل الله ، والمكاتب الذي يريد الأداء ، والنكاح الذي يريد العفاف » مصححه الترمذي والمحاكم . أما إذا لم يتزوج المرأة إلا لعزها أو مالها أو حسبا فهو ممتنع شرعا . قال صلى الله عليه وسلم « من تزوج امرأة لعزها لم يزد الله إلا ذلها ، ومن تزوجها لمالها لم يزد الله إلا فقرا ، ومن تزوجها لحسبها لم يزد الله إلا ذنبا » ، ومن تزوج امرأة لم يرد بها إلا أن يفرض بصره ويخضن فرجه أو يصل رحمه بآرك الله له فيها وبارك لها فيه ، رواه الطبراني في الأوسط . وقال صلى الله عليه وسلم « لا تزوجوا النساء لحسنهن ، فنعسى نحسنهن أن يردنهن » ، ولا تزوجوهن « لأموالهن » فنعسى أموالهن أن تقفين » ، ولكن تزوجوهن على الدين ، فلامنة خرقاء سواد ذات دين أفضل » ، رواه ابن ماجه من طريق عبد الرحمن بن زياد بن أنس . وعن معقل ابن يسار قال « جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : يا رسول الله إنني أصبت امرأة ذات حسن وجهال وحسب ومنصب ومال إلا أنني لأتولد أفأزوجه ؟ فقهاه ، ثم أمأه الثانية فقال له مثل ذلك ، ثم أمأه الثالثة ، فقال : تزوجوا الودود الولود فإني مكاثر بكم الأمم » ، رواه أبو داود والنسائي والمحاكم ومصحه . هذا ويستحب مباشرة عقد النكاح في المسجد لأنه عبادة ، وكونه في يوم الجمعة ، واختلفوا في كراهة الزفاف ، واختار أنه لا يكره إذا لم يشتمل على مفصلة دينية . وفي الترمذي عن عائشة رضي الله عنها قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أمثلوا هذا النكاح واجعلوه في المساجد واضربوا عليه بالدفوف » وفي البخاري عنها قالت « زفنا امرأة إلى رجل من الأنصار » فقال النبي صلى الله عليه وسلم : « يا عائشة أما يكون معكم لهو فإن الأنصار يعجبهم الهو » وروى الترمذي والنسائي عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال « فضل عابدين الحلال والحرام اللب والصوت » وقال الفقهاء : المراد باللبف ما لا جلاجل له ، والله سبحانه وتعالى أعلم (قوله النكاح ينقذ بالإيجاب والقبول) قدمنا أن النكاح في عرف الفقهاء هو العقد ، وهذا بيان لأن هذا العقد لم يثبت انعقاده حتى يتم عقدا مستقيا لأحكامه ، فلفظ النكاح في قوله النكاح ينقذ بمعنى العقد : أي ذلك العقد الخاص ينقذ حتى يتم حقيقته في الوجود بالإيجاب والقبول ، والانعقاد هو ارتباط أحد الكلامين بالآخر على وجه يسمى باعتباره عقدا شرعيا ويستعقب الأحكام المهر عليه وحرمة المصاهرة والجمع بين الأختين ، وهو في حالة التوقان واجب لأن الزنا واجب وهو لا يتم إلا بالنكاح ، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب ، وفي حالة الاعتدال يستحب ، وفي حالة خوف الجور مكروه قال (النكاح ينقذ بالإيجاب والقبول)

بلفظين يعبر بهما عن الماضي) لأن الصيغة وإن كانت للإخبار وضعا فقد جعلت للإنشاء شرعا دفعا للحاجة

وذلك بوقوع الثاني جوابا محتمرا لعرض الكلام السابق ، ويسمع كل من المعاقدين كلام صاحبه ، والكلامان هما الإيجاب والقبول . فاقيل في تعريف الإيجاب إنه إصدار الصيغة الصالحة لإفادة ذلك العقد مع أنه صادق على القبول خلاف الواقع من العرف المشهور ، بل إن الإيجاب هو نفس الصيغة الصالحة لتلك الإفادة بقيد كونها أولا والقبول هي بقيد وقوعها ثانيا من أى جانب كان كل منهما ، فإ ذكر في الدراية وغير ها من قوله : لو قدم القبول على الإيجاب ، بأن قال تزوجت بنتك فقال زوجتكها ينقد به صحيح في الحكم ممنوع كونه من تقديم القبول ، بل لا يتصور تقديمه لأن ما يقدم هو الإيجاب كما صرح به في النهاية هنا وصرح الكل به في البيع ، وكان الحامل على جعله الإصدار وصل قوله بلفظين بقوله بالإيجاب والقبول فأفاد آليتهما لمّا فكانا خلافيهما . والحق ما أعلمتك ووصلهما لبطلان أو بيان ينفع به ما قد يتوهم من لا يعرف معنى الإيجاب والقبول في العرف فيعمم المقيد فأبطل منه لتخرج الكتابة ، فلو كتبنا الإيجاب والقبول لا ينقد ، والمراد باللفظين ما هو أعم من الحقيقة والحكم فيدخل متولى الطرفين أو ما يخص الحقيقة ، وليس هذا بحد بل إخبارات منسوبة بعضها على بعض لإفادة ما يتم به العقد فقال : وينقد بلفظين يعبر بهما عن الماضي وينقد بلفظين أحدهما مستقبل لأنه توكيد ، والواحد يتولى طرفي النكاح فينقد بكلام الواحد كما ينقد بكلام الاثنين ، ولا إشكال في شيء من هذا ، وعرف من تعريف الإيجاب والقبول بأنهما اللفظان الصالحان لإفادة ذلك العقد عدم الاختصاص بالعربية ، وعدم لزوم المقولين أو أحدهما بعد دلالة المقام والمقتضات على الفرض لأن الحلف للدليل جائز في كل لسان ، وعدم لزوم لفظ النكاح والزواج ، فمن هنا قلنا : إذا قالت زوجتك نفسي فقال قبلت ، أو قال تزوجتك فقالت قبلت جاز ولا مفعول حتى لو كان القابل سفيرا ولا مفعول ولم يضمنه إلى الموكل فقد عليه . في التجنس : رجل خطب لابنة الصغير امرأة ، فلما اجتمعا للعقد قال أبو المرأة لأبي الزوج : دادم بزي ابن دختر ابرو مردم ، فقال أبو الزوج : بزيرقم يجوز النكاح على الأب وإن جرى بينهما مقدمات النكاح للأب . هو المختار لأن الأب أضافه إلى نفسه ، وهذا أمر يجب أن يحتاط فيه ، بخلاف ما لو قال أبو الصغيرة : زوجت بنتي من ابنتك ، فقال أبو الابن . قبلت ولم يقل لابني يجوز النكاح للأب لإضافة الزوج النكاح إلى الابن يتيقن ، وقول القابل قبلت جواب له ، والجواب يتقيد بالأول فصار كما لو قال قبلت لابني ، ونظير الأوك في البيع لو قال لآخر بعد ما جرى بينهما مقدمات البيع بعث هذا بألف ولم يقل منك ، فقال الآخر اشتريت صبح ولزم ، وكذا لو قالت المرأة بالغارسية : خويشتن خريدم بعده وكأبين ، فقال الزوج : فروختم صبح ولزم وإن لم يقل منك (قوله يعبر بهما عن الماضي) مثل أنكحك وزوجتك فيقول قبلت أو قبلت أو رضيت . وفي الانقضاء بصرت لي وصبرت لك بخلاف ، وظاهر الخلاصة اختياره إذا اتصل به القبول ، ولو قالت عرسك نفسي فقيل ينقد . ثم بين أن الانقضاء به باعتبار أنه جعل إنشاء شرعا فصار هو علة لعناء فيثبت المعنى عقبيه . والمراد بقوله بجعلت للإنشاء شرعا تقرير الشرع ما كان في اللغة ، وذلك لأن العقد قد كان ينشأ بها قبل الشرع فقرر الشرع وإنما اختيرت للإنشاء لأنها أدل على الوجود والتحقق حيث أفادت دخول المعنى في الوجود قبل الإخبار فأفيد بها

قد ذكرت معنى الانقضاء في كتاب البيوع على ما سألني . وقوله (يعبر بهما) أى بلفظ وبيين لأن التعبير البيان ، قال الله تعالى - إن كنتم للرؤيا تعبرون - أى تبتنون ، وإنما اختير لفظ الماضي للإنشاء وهو

ما يلزم وجوده وجود القصد ، ثم لما علمنا أن الملاحظ من جهة الشرع في ثبوت الانقضاء ولزوم حكمه بجانب الرضا كما نص عليه في قوله تعالى- إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم - عد بنا ثبوت الانقضاء ولزوم حكم القصد إلى كل لفظ يفيد ذلك بلا احتيال مساو للطرف الآخر قلنا : لو قال بالمضارع ذى الهزمة أتزوجك فقالت زوجت نفسى انقعد ، وفي الملبوء لثاء نحو تزوجنى بنتك ؟ فقال فعلت عند عدم قصد الاستيعاد لأنه يتحقق فيه هذا الاحتيال ، بخلاف الأول لأنه لا يستخبر نفسه عن الوعد . وإذا كان كذلك والنكاح مما لا يجزى فيه المساومة كان للتحقيق في الحال فانهقد به لا باعتباره وضمه للإشهاد بل باعتبار استعماله في غرض تحقيقه واستفادة الرضا منه حتى قلنا : لو صرح بالاستسهام اعتبر فهم الحال . في شرح الطحاوى : لو قال هل أعطينيها فقال أعطيت ، إن كان المجلس لا وعد فوعد وإن كان للعقد فنكاح ، فيحمل قول المرئضى بالقارسية مبدئى ليس بشئ على ما إذا لم يكن قصد التحقيق ظاهرا . ولو قال باسم القاض فكنك . عن أبى حنيفة : إذا قال جئتكم خاطبا بثلث أو تزوجنى ابنتك فقال الأب زوجتك فالنكاح لازم ، وليس للخاطب أن لا يقبل لعدم جريان المساومة فيه كما قلنا ؛ والانقضاء بقوله أنا متزوجك يثنى أن يكون للمضارع الملبوء بالهزمة سواء ، وقلنا يتقدم بلطفين وضع أحدهما للمستقبل : يعنى الأمر ، فلو قال تزوجنى بثلث فقال زوجتك انقعد ، ومنه كوفى امرأتى بثلث إذا قبلت . وفي النوازل : قال زوجتى نفسك متى فقالت بالسمع والطاعة صبح النكاح ، غير أن المصنف جعل الصحة باعتبار أنه توكل بالنكاح والواحد يتولى طرف النكاح فيكون تمام العقد على هذا قائما بالهيب ، وصرح غيره بأنها تنسأ لإيجاب فيكون قائما بهما . في فتاوى قاضيه خان قال : ولقطة الأمر في النكاح لإيجاب ، وكذا في الطلاق إذا قالت طلقنى على ألف فطلق كان تاما ، وكذا في الخلع ؛ وكذا لو قال لغيره اكمل لى بنفس فلان هذا أو بما عليه فقال كملت تمت الكفالة ، وكذا لو قال هب لى هذا العبد فقال وهبت في مسائل أخر ذكرها ، وهذا أحسن لأن الإيجاب ليس إلا اللفظ المفيد قصد تحقق المعنى أولا وهو صادق على لقطة الأمر فليكن لإيجاب ، ويستغنى عما أورد على تقرير الكتاب من أنه لو كان توكل لما اقتصر على المجلس ، وجوابه بأنه في ضمن الأمر بالفعل فيكون قبوله تحصيلا للفعل في المجلس ، والظاهر أنه لا بد من اعتباره توكله وإلا يثنى طلب الفرق بين النكاح والبيع حيث لا يمت بقوله بعني بكلا فيقول بعث بلا جواب ، إذ جوابه ما ذكره المصنف في البيع بأنه توكل والواحد يتولى طرف العقد في النكاح فصح دون البيع ، وحيث قد تمام العقد قائم بالهيب فلا يصح قوله يتقدم بلطفين يعبر بأحدهما عن المستقبل ، فلذا قيل المثال الصحيح أتزوجك بألف فتقول قبلت على إرادة الحال ، وعرف من هذا أن شرط القبول في النكاح المجلس كالبيع لا الفور خلافا للشافعى رحمه الله ، وقد يومئذ نذكر في المنية قال : تزوجك بثلث بألف فسكت الخاطب فقال المهر فقال نعم فهو قبول ، وقيل لا لأن فيه خلافا وإن كان المختار الصحة ، وقد يكون منشؤه من جهة أنه كان منصفا بكونه خاطبا ، فحيث سكت ولم يثبت على الفور كان ظاهرا في وجوهه فيحكم به أولا ، بقوله نعم بعده لا يفيد بغيره لأن الفور شرط مطلقا ، والله سبحانه أعلم . وصورة اختلاف المجلس أن يوجب أحدهما فيقوم الآخر قبل القبول أو يكون قد اشتغل بعمل آخر

الكلام الذي ليس لنسبته خارج تطابقه أو لاتطابقه ليدل على التحقق والاثبات فكان أدل على قضاء الحاجة .

يوجب اختلاف المجلس ، ثم قيل لا ينعقد لأن الانعقاد هو ارتباط أحد الكلامين بالآخر وباختلاف المجلس ينفردان حقيقة وحكما ، فلو عقدا وهما يعيشان أو سيران على الدابة لا يجوز ، وإن كانا في سفينة مائتة جاز ، ويستعرف الفرق في البيع إن شاء الله تعالى .

[فروع] تزوج باسمها التي تعرف به ، حتى لو كان لها اسمان اسم في صغرها وآخر في كبرها تزوج بالآخر لأنها صارت معروفة به ، ولو كانت له بنتان كبرى اسمها عائشة وصغرى اسمها فاطمة فقال زوجتك بنتي فاطمة وهو يريد عائشة فقبل انعقد على فاطمة ، ولو قال زوجتك بنتي فاطمة الكبرى قالوا يجب أن لا ينعقد على إحداهما ولو قال زوجت بنتي فلانة من ابنك فقبل وليس لهما إلا ابن واحد وبنت صبح ، وإن كان لهما ابنتان أو ابنتان لا ، إلا أن يسميا البنت والأب . ولو زوج غائبة وكيل فلان كان الشهود يعرفونها فذكر مجرد اسمها جاز ، وإن لم يعرفوها فلا بد من ذكر اسمها واسم أبيها وجنتها ، أما لو كانت خاضرة متقبلة فقال تزوجت هذه وقبلت جاز لأنها صارت معروفة بالإشارة ، وأما الغائبة فلا تعرف إلا بالاسم والنسب . وقيل : يشترط في الحاضرة كشف النقاب ، وسند ذكر وجه علمه في الوكالة بالنكاح إن شاء الله تعالى . وكلما الحال في تسمية الزوج الغائب ، وفي التجنيس : له ابنة اسمها فاطمة فقال وقت العقد زوجتك بنتي عائشة ولم تقع الإشارة إلى شخصها لا يصح ، فإنه إذا لم بشر إليها يقع العقد على المسمى وليس له ابنة بذلك الاسم . وفي التوازل : قال أبو بكر : يخفى مشكل زوج من خفي مشكل برضا الولي فلما كبرا إذا الزوج امرأة والزوجة رجل جاز نكاحهما عندي لأن قوله زوجتك يستوى من الجانبين . وفي صغيرين قال أبو أحمدما زوجت بنتي هذه من ابنك هذا وقبل الآخر ثم ظهر أن الجارية غلام والغلام جارية جاز للملك أيضا . وقال المتاني : لا يجوز . وفي النية : زوجت وتزوجت يصلح من الجانبين . وفي التجنيس : رجل قال لامرأة محضرة الشهود راجعتك فقالت المرأة رضىت يكون نكاحا ، فإنه نص في الجامع الكبير أنه لو قال للمطلقة طلاقا بائنا أو ثلاثا إن راجعتك فبئس حر تنصرف الرجعة إلى النكاح لأن الرجعة قد يراد بها النكاح فينظر إلى المثل والمحل هنا لا يقبل الرجعة المعروفة فانصرفت إلى النكاح ، وسيأتي الكلام في الرجعة بلفظ النكاح في كتاب الطلاق إن شاء الله تعالى . ثم قال : وذكر في الأجتناس لو طلق امرأة بائنا ثم قال راجعتك على كذا وكذا فرضيت المرأة بملك محضرة الشهود فإن هذا نكاح جائز . وإن لم يذكر مالا فليس بنكاح إلا أن يجتمعا أنه أراد بملك نكاحا فكان نكاحا ، فتبين بهذا أن ما ذكر في الكتاب محمول على ما إذا ذكر المال أو أقر أن الزوج أراد به النكاح اه . وذكر في فتاوى قاضيخان عن بعضهم تفصيلا بين المباحة والأجنبية ، فهي المباحة يكون نكاحا وفي الأجنبية لا وسكت عليه وهو الأحسن ، فإن الزوج بلفظ الرجعة في نكاح المطلقة لا يستلزم صحته في غيرها . رجل وامرأة أقرّا بالنكاح محضرة الشهود فقال هي امرأتى وأنا زوجها ، وقالت هو زوجي وأنا امرأته وقال الآخر نعم لا ينعقد النكاح بينهما ، لأن الإقرار بإظهار لما هو ثابت فهو فرع سبق الثبوت ، ولهذا لو أقر لإسان عمال كذبا لا يصير ملكا له ، وكلما لو قالوا أقرناه أو رضينا محضرة الشهود

(وينتقد بلفظين يعبر بأحدهما عن الماضي وبالأخر عن المستقبل ، مثل أن يقول زوجتي فيقول زوجتك) لأن هذا توكليل بالنكاح والواحد يتولى طرفي النكاح على ما نيتنه إن شاء الله تعالى (وينتقد بلفظ النكاح والزويج والمبة والتملك والصدقة) وقال الشافعي رحمه الله : لا ينتقد إلا بلفظ النكاح والزويج لأن التملك ليس حقيقة فيه ولا مجازا عنه لأن الزويج للتلفيق والنكاح للضم ، ولا ضم ولا ازدواج بين المالك

لا ينتقد بخلاف جعلناه . ولو قال الشهود جعلنا هذا نكاحا فقالا نعم انتقد لأنه ينتقد بلفظ الجعل ، حتى لو قالت جعلت نفسي زوجة لك قبل ثم قال أعطيتك ألفا على أن تكوني امرأتي قبلت ثم قال زوج بنتك فلاته مني بكلا فقال ادفعها واذهب بها حيث شئت لا ينتقد . في التجنيس كأنه لأنه كالمضاف إلى ما بعد اللفظ ولا ينتقد بالمضاف . أو قال زوجتكها غدا قبل لا يصح ، فعلم صحة المعلق أولى . وفي فتاوى قاضيهان قال الشيخ أبو بكر محمد بن الفضل : يكون ذلك نكاحا ولم يذكر خلاف قوله . ويجوز النكاح المعلق إذا كان على أمر مضى لأنه معلوم للحال . وعليه فرغ ما لو قال خطبت بنتك فلاته لا يبي فلان فقال زوجتها من فلان قبل هذا فلم يصدره الخاطب فقال إن لم أكن زوجتها من فلان قبل فقد زوجتها من ابنك وقبل أبو الين بحضرة الشهود ولم يكن زوجتها من أحد صبح النكاح ، لأن التعليق بكائن للحال تحقيق وتنجيز ، وإذا أضاف النكاح إلى نصفها مثلا فيه روايتان ، والأصح عدم الصحة ، كما في فتاوى قاضيهان . وذكر في الميسوط في موضع بجواره كالطلاق (قوله وينتقد الخ) حاصل الألفاظ المذكورة هنا أربعة أقسام : قسم لاختلاف في الاعتقاد به في المذهب بل الخلاف فيه من خارج المذهب . وقسم فيه خلاف في المذهب والصحيح الاعتقاد . وقسم فيه خلاف والصحيح عدم الاعتقاد . وقسم لاختلاف في عدم الاعتقاد به . والأوجه أن ترتب على هذا الترتيب لئلا يكل قسم ما هو أقرب إليه ، وهكذا فعل المصنف إلا في لفظ الوصية .

[القسم الأول] ما سوى لفظي النكاح والزويج من لفظ المبة والصدقة والتملك والجعل نحو جعلت بنتي لك بألف خلافا للشافعي ، وجوازه عندنا بطريق المجاز ، فإن المجاز كما يجري في الألفاظ اللغوية يجري في الألفاظ الشرعية بلا خلاف ، وإنما الكلام في تحقق طريقه هنا ففاه الشافعي بناء على انتفاء ما يجوز التجوز . أما إجمالا فإنه لو وجد لصح أن يتجوز بلفظ كل منهما عن الآخر فكان يقال أنكحتك هذا الثوب مرادا به ملكتك ، كما يقال ملكتك نفسي أو بنتي مرادا به أنكحتك ، وليس غليص . وأما تفصيلا فلأن الزويج هو التلفيق ونهما والنكاح للضم ولا ضم ولا ازدواج بين المالك والمملوكة ولذا يفسد النكاح عند ورود ملك أحد الزوجين على الآخر ولو كان لم ينافه تأكد به ، وإن صبح هذا الوجه عنه كان معترفا بأنه لغة على خلاف ما تقدم نقله عنه من أنه

وقوله (على ما نيتنه) يعني في أول فصل الزكاة في النكاح وقوله (وينتقد بلفظ النكاح) بيان ألفاظ ينتقد بها النكاح (وقال الشافعي لا ينتقد إلا بلفظ النكاح والزويج) لأنه إن انتقد بغيره مثل التملك مثلا : فلما أن ينتقد به من حيث إنه حقيقة أو من حيث إنه مجاز لا سبيل إلى الأول لأنه لو كان حقيقة كان التملك والزويج مترادفين ، وليس كذلك إذ التملك يوجد بغير نكاح ولا إلى الثاني لعدم المناسبة بينهما (لأن الزويج للتلفيق) يقال : لفقت بين ثوبين ولفقت أشدهما بالآخر ، إذا لامعت بينهما بالخطابة (والنكاح للضم ، ولا ضم ولا ازدواج بين المالك

والمملوكة أصلا . ولنا أن التملك سبب للملك المتعة في محلها بواسطة ملك الرقبة وهو الثابت بالنكاح والسببية طريق المجاز . وينتقد بلفظ البيع

العقد إلا أن يعنى قيا تقدم أنه في لسان الشرع بناء على النقل (ولنا أن التملك) أى معناه الحقيقي (سبب للملك المتعة في محلها بواسطة) كونه سبب (ملك الرقبة و) ملك المتعة في محلها (هو الثابت بالنكاح والسببية طريق المجاز) وأما عدم جواز استمارة النكاح للتملك فليس لعدم المشترك بل لما فرغ منه في الأصول من أنه لا يجوز استمارة اسم السبب للسبب عندنا إلا إذا كان المقصود من شرعية السبب شرعيته كالباع للملك الرقبة ، وليس ملك المتعة الذى هو موجب النكاح هو المقصود من التملك بل ملك الرقبة . والجواب عن الثانى منع أنه لازم ولا ازدواج بين المالك والمملوكة . وقوله ولذا يفسد النكاح الخ . قلنا : فساد للزوم المنافاة بين كون أحدهما مالكا لكل الآخر ، وكون ذلك الآخر مالكا بحكم الزوجية لبعض ما يملكه عليه ذلك الآخر بحكم ملك الرقبة على مانئين إن شاء الله تعالى في فصل المهرنات لاعداد الغم والازدواج . وللشافعى أيضا أنه كما خص النكاح باشتراط الشهادة إظهارا لخطره خص بالفتن النكاح والزواج ولذا لم يرد غيرهما شرعا . والجواب منعها ، بل قد ورد بلفظ الهبة فلم يختص ، قال الله تعالى - وأمرأة مؤمنة - وإن وهبت نفسها للنبي - عطفًا على المحلات في قوله تعالى - إنا أحللنا لك أزواجك اللاتي آتيت أجورهن وما ملكت يمينك مما أفاء الله عليك - والأصل عدم الخصوصية حتى يقوم دليلها ، وقوله تعالى - خالصة لك من دون المؤمنين - يرجع إلى عدم المهر بقرينة إيقابه بالتعليل بنى الحرج ، فإن الحرج ليس في ترك لفظ إلى غيره خصوصا بالنسبة إلى أفصح العرب بل في لزوم المال وبقريته وقوعه في مقابلة الموثى أجورهن فصار الحاصل أحلنا لك الأزواج الموثى مهورهن والتي وهبت نفسها لك فلم تأخذ مهرًا خالصة هذه الخصلة لك من دون المؤمنين . أما هم فقد علمنا ما فرضنا عليهم في أزواجهم من المهر وغيره ، وأبدى صدر الشرعية جواز كونه متعلقا بأحلنا قيدا في إحلال أزواجه له لإقادة عدم حللن لغيره صلى الله عليه وسلم ، وله أيضا أن الشهادة شرط في النكاح ، والكناية لا بد فيها من النية ولا إطلاع للشهود عليها : قال في شرح الكنز : قلنا ليست شرطا مع ذكر المهر ، وذكر السرخسى أنها ليست بشرط مطلق لعدم اللبس كقولهم للشجاع أسد ، وكذا إذا حلف لا يأكل من هذه النخلة فإنه ينصرف إلى المجاز من غير نية ولأن كلامنا فيها إذا صرحا به ولم يبق احتمال اه : ويشكل بأن الحكم بالمجاز يستدعى أمرين : أحدهما انتفاء قرينة تدل على إرادة غير ذلك المعنى المجازى ، ولذا لو طلب الزنا من امرأة فقالت وهبت نفسي منك أو أجرت نفسي منك وقبل لا ينتقد ، والآخر وجود قرينة تفيد إرادة المعنى المجازى ، ولذا لو قال أبو البنت وهبت بنتى منك لتضلمك وقبل لا ينتقد هذا

والمملوكة أصلا) فلا مناسبة بينهما . وقلنا المناسبة بينهما موجودة لأن (التملك سبب للملك المتعة في محلها) يعنى أن تملك الرقبة سبب للملك المتعة إذا صادفت محل المتعة لإفضائه إليه (و) ملك المتعة (هو الثابت بالنكاح والسببية طريق المجاز) وقيد بقوله في محلها احترازًا عن تملك العثمان والبهائم والأخت الرضاعية والأمة المحبوسة فإنها ليست بمحل للملك المتعة . واعترض بأن ملك الرقبة إذا ورد على ملك النكاح أفسده فكيف ثبت النكاح به . وأجيب بأن إفساده للنكاح ليس من حيث تحريم الوطء لاعتقالات ، بل من حيث إسقاط ضرب مالكية لها في مواجب النكاح من طلب القوم وتقدير النفقة والسكنى والمنع عن العزل ، ومحتفل لانفاة بين ما يثبت وينفيه فجازت الاستمارة . وقوله (وينتقد بلفظ البيع) يعنى بأن قول المرأة بعثك نفسي أو قال أبوها بعثك بقى بكنها وكذا

في الحكم به ، أما في جواز التجوز فقط فالشرط مع الأول الإرادة لا قرينتها ، وذلك لأن اعتبار ثبوت معنى بعينه عند استعمال لفظ معين ليس لذات ذلك اللفظ لأن نسبته إليه كنيته إلى غيره ، فالخصص للمعنى معين دون غيره ليس إلا علاقة وضحه له أو إرادة ما بينه وبين ما وضع له معنى مشترك ثبت اعتبار نوعه عن الواضع في الاستعمال فيه فالإرادة لازمة في الخطين ، غير أن الحكم من السامع بإرادة المتكلم المعنى الحقيقي لا يفترق إلى نصب قرينة تفيد إرادته بل يكفي عدم قرينة تصرف عنه ، وهذا ما يقال الكلام لحقيقته مالم يتم الدليل على مجازه ، بخلاف حكمه بإرادة مالم يوضع له حيث يفترق إلى دليل إرادته ، فإن لم يكن فلا بد من علم الشهود بمراده بأن أعلمهم به . ولذا قال في الدراية في تصوير الانقاد بلفظ الإجارة عند من يميزه أولا يميزه أن يقول أجرت بقرى ونوى به النكاح وأعلم به الشهود اهـ . بخلاف ما إذا قال يمتلك بقرى بخضرة الشهود فإن عدم قبول المحل للمعنى الحقيقي وهو البيع للحرية يوجب الحمل على المجازى فهو القرينة فيمكن بها الشهود حتى لو كان المعقود عليها أمة احتجج إلى قرينة زائدة . في البدائع : لو قال لرجل وهبت أمي منك ، فإن كان الحال يدل على النكاح من إحضار الشهود وتسمية المهر مؤجلا أو موعلا ينصرف إلى النكاح ، وإن لم يكن الحال يدل على النكاح ، فإن نوى وصدقه الموهوب له فكل ذلك ، وإن لم ينو ينصرف إلى ملك الرقية اهـ . والظاهر أنه إذا لم يدل الحال فلا بد مع النية من إعلام الشهود كما قدمنا لأنه لا بد من فهمهما المراد على المختار على ما استدكره . وقد رجع ههنا الأئمة إلى التحقيق حيث قال : ولأن كلامنا فيا إذا صرحا به ولم يبق احتمال ولا يخفى عدم المناسبة بين ما علل به من عدم البس وحكمه وهو عدم اشتراط النية ، إذ عدم البس إنما يصلح لتعليل دعوى ظهورها وفهمها . وأما الحالف لا يأكل من هذه النخلة فيحكموم عليه بإرادة المجازى نظرا إلى تملز التحقيق وكونه متكلما واعيا . وأما المجازل فريد للمعنى اللفظ غير مريد لحكمه فلا يلتفت لقصد عدم الحكم . ثم قد يقال في عقد الملبج يتعين لفظ الحقيقة بناء على كون الإلجاء قرينة تصرف عن إرادة المعنى المجازى إذ فرضه ليس إلا التخلص وذلك بإجراء اللفظ فقط ، أو مريدا حقيقته للتخلص وهي متعلنة إذ لا تصح هبة الحرة وبيعها . واللى أقيم مقام المعنى في قوله صلى الله عليه وسلم : ثلاث جد من جد وهز من جد : النكاح ، والطلاق ، والرجعة هو الحقيقة دون المجاز ، والله أعلم ، وأورد كيف يتعقد بالهبة وبه تقع الفقرة إذا نوى به الطلاق وهو سؤال ساقط . أما أولا فهو مشترك الإلزام إذ يلزم مثله في الزوج فإنه يقع به الفقرة إذا نوى ، بقوله تزوجى ، والحق أن الهبة فيها علاقة السببية للملك فيتجوز بها ، غير أنه إذا أضاف الملك المتجوز عنه بالهبة إليها نفسها بقوله وهبت نفسك لك صبح طلاقا ، وإن أضافه إلى الرجل صبح نكاحا ، فظهر أن اختلاف الموجب في هذا اللفظ الواحد ليس إلا لاختلاف الإضافة بل بنفس توجيه السؤال يظهر صحة استمارتها للملك الماير الملك الرقية إذ لم يحى «الطلاق» إلا باعتبار استمارتها له .

[القسم الثانى] ما اختلفوا في الانقاد به ، والصحيح الصحة نحو بعث قمى منك بكلا أو ابنتى أو اشترى بك بكلا فقالت نعم يتعقد (قوله هو الصحيح) احتراز عن قول أبى بكر الأعمش ، وقوله (لوجود طريق المجاز) تعليل للصحيح ، وجهه ما قلنا في تقرير التملك . واختلف في الانقاد بلفظ السلم فقليل لأن السلم في الحيوان

بلفظ الشراء بأن قال الرجل امرأة اشترى بك بكلا فأجاب بنعم ، أشار إليه محمد في كتاب الحدود . وقوله (هو الصحيح) احتراز عن قول أبى بكر الأعمش إنه لا يتعقد بلفظ البيع لأنه خاص بتمليك مال والمملوك بالنكاح ليس

(ولا يتنقد بلفظ الإجارة) في الصحيح لأنه ليس بسبب ملك المتعة (و) لا بلفظ (الإباحة والإحلال والإعارة) لما قلنا (و) لا بلفظ (الوصية) لأنها توجب الملك مضافا إلى ما بعد الموت .

لا يصح . وقيل يتنقد لأنه ثبت به ملك الرقبة . والمنقول عن أبي حنيفة أن كل لفظ تملك به الرقاب يتنقد به النكاح والسلم في الحيوان يتنقد ، حتى لو اتصل به القبض يتنقد الملك فاسدا لكن ليس كل ما يفسد المعنى الحقيقي للفظ يفسد مجازيه لعدم لزوم اشتراك المفسد فيها ، وفي لفظ الصرف في شرح الكنز فيه روايتان . وفي البدائع : قيل لا يتنقد لأنه وضع لإثبات ملك الدراهم والديناري التي لا تتعين ، والمفقود عليه هنا يتعين . وقيل : يتنقد لأنه يثبت به ملك العين في الجملة . وظاهر هذا أنها قولان ، وكأن منشأها الروايتان ، وأما القرض فقيل يتنقد به لثبوت ملك المدين به ، وقيل لا لأنه في معنى الإعارة ، قيل الأول قياس قولهما ، والثاني قياس قول أبي يوسف بناء على ثبوت الملك به في العين وعنده لا . وأما لفظ الصلح فذكر صاحب الأجناس أنه لا يتنقد به ، وذكر هـمس الأئمة السرخسي في كتاب الصلح : ابتداء النكاح بلفظ الصلح والعطية جائز .

[القسم الثالث] لا يتنقد بالإجارة في الصحيح احترازا عن قول الكرخي ، وجهه أن الثابت بكل منهما ملك منفعة فوجد المشترك : وجه الصحيح على ما ذكرنا أنها لا تتنقد إلا موثقة ، والنكاح يشترط فيه ثقبه فتضادا ، فلا يستعار أحدهما للآخر . وقد يقال : إن كان المتضادان هما العرضان اللذان لا يجتمعان في محل واحد لزمكم مثله في البيع لأنه لا يجمع النكاح مع جواز القدر به . والتحقيق أن التوقيت ليس جزء مفهوم لفظ الإجارة بل شرط لاعتباره شرعا خارج عنه فهو مجرد تحليق المنافع بعوض ، غير أنه إذا وقع مجردا لا يعتبر شرعا على مثال الصلاة هي القيام الخ ، ولو وجدت بلا طهارة لا تعتبر ، ولا يقال : إن الطهارة جزء مفهوم الصلاة ، ولما عدل المصنف عن التوجيه بهذا إلى نفي السببية التي هي العلاقة ، فإن الإجارة ليست سببا لملك المتعة حتى يتجاوز بها عن النكاح ولهذا تبطل بالإجارة ، وهذا إذا جعلت المرأة مستأجرة . أما إذا جعلت بدل الإجارة أو رأس مال السلم كان يقال استأجرت دارك بابتى هذه أو أسلمتها إليك في كبر حنطة ينبغي أن لا يختلف في جوازه ، فإنه أضاف إليها بلفظ تملك به الرقاب . قال المصنف رحمه الله (ولا بلفظ الوصية لأنها توجب الملك مضافا إلى ما بعد الموت) وعن الطحاوي يتنقد لأنه يثبت به ملك الرقبة في الجملة . وعن الكرخي إن قيد الوصية بالخال قال : أوصيت لك ببنتي هذه الآن يتنقد بالخال لأنه به صار مجازا عن التحليل ، وينبغي أن لا يختلف في صحته حيثن . والخاصل أنه إذا قيدت بالخال يصح ، أو بما بعد الموت بأن قال أوصيت لك ببنتي بعد موتي لم يكن نكاحا ، ولو قال أوصيت

بمال ، ووجه الصحيح وجود طريق المجاز . وقوله (ولا يتنقد بلفظ الإجارة في الصحيح) احتراز عن قول الكرخي إنه يتنقد بها لأن المستوف بالنكاح منقعة في الحقيقة وإن جعل في حكم العين ، وقد سمي الله تعالى الوض أجرا في قوله تعالى : فأ توهم أجروهم . وذلك دليل على أنه بمنزلة الإجارة . ووجه الصحيح أن الإجارة لا تتنقد شرعا إلا موثقة . والنكاح لا يتنقد إلا مؤثدا فكان بين موجبيهما تناف فلا يجوز الاستمارة ، فقال المصنف (لأنه ليس بسبب ملك المتعة) لعدم إفضائها إليه (ولا بلفظ الإباحة والإحلال والإعارة لما قلنا) يعني قوله ليس بسبب ملك المتعة ، وذلك لأن لفظ الإباحة والإحلال لا يوجب ملكا أصلا ، فإن من أجل لغیره طعاما أو أباحه له لا يملكه فإنما يتلقه على ملك المبيع (ولا بلفظ الوصية لأنها توجب الملك مضافا إلى ما بعد الموت) ولو صرح

لك بها ولم يزد قليل لا يكون نكاحا ، وعن الطحاوي ينقذ . ثم كون الإضاعة إلى ما بعد الموت بيان الواقع فيها نحن فيه ، وإلا فجرد الإضاعة يستقل بعدم الصحة لوقال زوجتكها غدا لم يصح . وحاصل الوجه أن الإضاعة مأخوذة في مفهوم الوصية وعدمها في النكاح فضاء ، ولا يتجزأ بلفظ أحد الضدين عن الآخر ، بخلاف الهبة ليس جزء مفهوم اللفظ الإضاعة إلى ما بعد القبض ، بل هي تملك العين بلا بدل ، ثم هو يتأخر فيها إذا كان الموهوب ليس في يد الموهوب له لضعف سببها بسبب عدم العرض ، ولذا لو كان في يد الموهوب له ثم الملك بنفس اللفظ .

[القسم الرابع] لا ينقذ بلفظ الإباحة والإحلال والإعارة والرهن والتمتع لعدم تملك المتعة في كل منها فأنقذ الجامع وهو المشار إليه بقوله لما قلنا ، ولا ينقذ بلفظ الإقالة والخلع لأنها لم تفسخ عقد ثابت .

[فروع : الأول] كل لفظ لا ينقذ به النكاح ينقذ به الشبهة فيسقط به الحد ، ويجب لها الأكل من المسمى ومن مهر المثل إن دخل بها . الثاني : لو لقت المرأة زوجت نفسى بالعربية ولا تعلم معناها وقبل الزوج والشهود يعلمون ذلك أولا يعلمون صح كالطلاق ، وقيل لا كالبيع كلها في الخلاصة . ومثل هذا في جانب الرجل إذا لقنه ولا يعلم معناه ، وهذه في جملة مسائل الطلاق والعناق والتدبير والنكاح والخلع ، فالثلاثة الأول واقعة في الحكم ، ذكره في عناق الأصل في باب التدبير . وإذا عرف الجواب فيها قال قاضيان : ينبغي أن يكون النكاح كذلك لأن العلم بمضمون اللفظ إنما يعتبر لأجل القصد فلا يشترط فيما يستوى فيه الحد والمزل ، بخلاف البيع ونحوه . وأما في الخلع إذا لقت اختلعت نفسى منك بمهرى وثقة عدتي فقالت ولا تعلم معناه ولا أنه لفظ الخلع اختلعا فيه ، قيل لا يصح وهو الصحيح . قال القاضي : وينبغي أن يقع الطلاق ولاسقط المهر ولا الثقة ، وكذا لو لقت أب تيرته ، وكذا المديون إذا لقن رب الدين لفظ الإبراء لا براء . الثالث : إذا سمي المهر مع الإيجاب بأن قال تزوجتك بكما فقالت قبلت النكاح ولا أقبل المهر قالوا لا يصح : ولا يشكل بأنه ليس من شرط صحة النكاح صحة التسمية أو وجودها ، لأنه ما أوجب النكاح إلا بذلك القدر المسمى ، فلو صحته إذا قبلت في النكاح دون المهر لزمه مهر المثل وهو لم يرض بالنكاح به بل بما سمي فيلزمه ما لم يلزمه ، بخلاف ما إذا لم يسم من الأصل لأن عرضه النكاح بمهر المثل حيث سكت عنه مع أنه لازم فيلزمه ما التزمه ، ولو قالت قبلت النكاح ولم تزد على ذلك صح النكاح بما سمي . وقد يخالفه ما في المتن : عبد تزوج على رقبته بغير إذن المولى فبلغه فقال أجز النكاح ولا أجز على رقبته يجوز النكاح ولها الأكل من مهر المثل ومن قيمته يباع فيه . بخلاف ما في الجامع : أمه تزوجت بغير إذن المولى على مائة درهم فبلغه الخير فقال أجزت النكاح على خمسين ديناراً ورضى به الزوج جاز لأن هذه مقرونة برضا الزوج فهي ملحقة بإجازته . والحق ما أعلمتك من كلام المشايخ فيجب التحويل عليه وإن خالف ما عن محمد ، الرابع : ينقذ النكاح بالكتاب كما ينقذ بالخطاب ، وصورته أن يكتب إليها بخطها ، فإذا بلغها الكتاب أحضرت الشهود وقرأته عليهم وقالت زوجت نفسى منه ، أو تقول إن فلانا قد كتب إلى يخطيني فاشهدوا أني تزوجت نفسى منه ، أما لو لم تقل بخبرتهم سوى زوجت نفسى من فلان لا ينقذ لأن سماع الشطرين شرط

لفظ النكاح إلى ما بعد الموت لم يصح لأن ما بعد الموت زمان انتهاء ملك النكاح وبطلانه لا زمان ثبوته .

مصحة النكاح . وبإتمامهم الكتاب أو التعبير عنه منها قد سمعوا الشطرين بخلاف ما إذا انتفيا ، ومعنى الكتاب بالخطبة أن يكتب زوجيني نفسك فإني رغبتي فيك ونحوه ، ولو جاء الزوج بالكتاب إلى الشهود غتوما فقال هذا كتابي إلى فلانة فاشهدوا على ذلك لم يجوز قول أبي حنيفة حتى يعلم الشهود ما فيه وهو قول أبي يوسف ، ثم رجع وجوزّه من غير شرط لإعلام الشهود بما فيه . وأصل الخلاف كتاب القاضي إلى القاضي على ماسياقي إن شاء الله تعالى . قال في المصنّى : هذا معنى الخلاف إذا كان الكتاب بلفظ الزوج ، أما إذا كان بلفظ الأمر بقوله زوجيني نفسك متى لا يشترط إعلامها الشهود بما في الكتاب لأنها تتولى طرفي العقد بحكم الوكالة ونقله من الكامل . قال : وفائدة الخلاف إنما تظهر فيها إذا جحد الزوج الكتاب بعد ما أشهدهم عليه من غير قراءته عليهم ولا إعلامهم بما فيه وقد قرأ المكتوب إليه الكتاب عليهم وقبل العقد بحضرتهم فشهدوا أن هذا كتابه ولم يشهدوا بما فيه لا تقبل هذه الشهادة عندهما ولا يقضى بالنكاح ، وعنده تقبل ويقضى به ، أما الكتاب فصحيح بلا إشهاد ، وهذا الإشهاد لهذا وهو أن تتمكن المرأة من إثبات الكتاب عند جحد الزوج الكتاب ، كذا في مبسوط شيخ الإسلام والكامل . وأجوعوا في الصك أن الإشهاد لا يصح ما لم يعلم الشاهد ما في الكتاب . واعلم أن ما نقله من نفي الخلاف في صورة الأمر لاشبهة فيه على قول المصنف والمحققين ، أما على قول من جعل لفظ الأمر إيجابا كقاضيخان على ما نقلناه عنه فيجب اعتبار إعلامها بإتمام بما في الكتاب وأنه إن لم يعلمهم الكاتب بما في الكتاب تكون من صور الخلاف ، وعلى هذا ما صدرنا به المسئلة . الخامس : ينقد بالإشارة من الآخرس إذا كانت له إشارة معلومة . السادس : ينقد بنقل الرسل عبارة المرسل إذا أجابت وسمع الشهود كلامهما ، وسنفضله إن شاء الله تعالى في فصل الوكالة بالنكاح . السابع : لا يبطل عقد النكاح بالشروط الفاسدة ، فلو قال أتزوجك على أن تعطيني عبدك فأجابته بالنكاح انعقد موجبا لمهر مثلها عليه ولا شيء له من العبد . الثامن : لا يجوز تعليق النكاح بالخطر ، لو قال إذا جاء فلان فقد تزوجتك بنى فلانة فقبل فجاء فلان لا ينقد ، وكذا تعليق الرجعة إذ كل منهما إلزام . والذي يجوز تعليقه بالشروط ما هو إسقاط كالطلاق والعتاق أو التزام كالنذر ، إلا التعليق بالمشيئة إذا أبطل من له المشيئة في المجلس على ما في التجميعين ، في رمز الفتاوى الصغرى وغيرها : إذا قال تزوجتك إن شئت أو إن شاء زيد فأبطل صاحب المشيئة مشيئته في المجلس فالنكاح جائز ، لأن المشيئة إذا بطلت في المجلس صار نكاحا بغير مشيئة ، كما لو قال في السلم إذا بطل الخيار في المجلس جاز السلم ثم قال : لكن إذا بدأت المرأة ، أما إذا بدأ الزوج فقال تزوجتك إن شئت ثم قبلت المرأة من غير شرط صح النكاح ، ولا يحتاج إلى إبطال المشيئة بعد ذلك لأن القبول مشيئة أم . وهنا ناظر إلى أن ما من جانب المرأة هو القبول سواء تقدم أو تأخر ، وما من جانب الرجل لإيجاب تقدم أو تأخر ، وقد قلنا قريبا أن الحق أن الأول لإيجاب من أي جهة كان ، والثاني قبول كذلك ولعدم جواز تعليقه بالخطر امتنع خيار الشرط فيه فيبطل ، كما لو قال تزوجتك على أني بالخيار فقبلت صح ولا خيار له ، بخلاف ما لو قال إن رضى أبي لا يجوز ، بخلاف من خطبت إليه ابنته فقال تزوجتها فلم يصلقه الخطاب فقال إن لم أكن زوجها من فلان فقد زوجها منك قبل بحضرة الشهود ، ثم ظهر أنه لم يكن زوجها حيث ينقد

قال (ولا ينقذ نكاح المسلمين إلا بمحضور شاهدين حريين عاقلين بالغين مسلمين رجلين أو رجل وامرأتين عدولا كانوا أو غير عدول أو محبوسين في القلف) أعلم أن الشهادة شرط في باب النكاح لقوله صلى الله عليه وسلم « لا نكاح إلا بشهود » وهو حجة على مالك رحمه الله في اشتراط الإعلان دون الشهادة ، ولا بد من اعتبار

النكاح بينهما ، لأن هذا تعليق بما هو موجود للحال ومثله تحقيق ، كذا أجاب بعض المشايخ ، وستمصل الكلام في خيار الشرط والروية والعيب في باب المهر إن شاء الله تعالى . التاسع : إذا وصل الإيجاب بتسمية المهر كان من تمامه ، حتى لو قبل الآخر قبله لا يصح ، كأمراة قالت لرجل زوجت نفسي منك بمائة دينار فقبل أن تقول بمائة دينار قبل الزوج لا ينقذ ، لأن أول الكلام يتوقف على آخره إذا كان في آخره ما يغير أوله ، وهنا كذلك فإن مجرد زوجت ينقذ بمهر المثل وذكر المسمى معه يغير ذلك إلى تعيين المذكور فلا يعمل قول الزوج قبله . العاشر : ينقذ النكاح من المأزول وتزومه مواجبه لقوله صلى الله عليه وسلم « ثلاث جدهن جد وهزلهن جد : النكاح والطلاق ، والرجعة » ورواه الترمذى من حديث أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم ، ورواه أبو داود وجعل المتق بدل الرجعة وكذا ينقذ من المكره (قوله ولا ينقذ نكاح المسلمين إلا بمحضور بالغ) احتراز عن غير المسلمين إذ سيأتي أن أنكحة الكفار بغير الشهود صحيحة إذا كانوا يدينون بذلك . وقوله بمحضور لا يوجب السماع وهو قول جماعة منهم القاضي على السقلى ، وتقل عن أبواب الأمان من السير الكبير أنه يجوز وإن لم يسمعا ، وعلى هذا يجوز به بالأصميين والتأخير ، والصحيح اشتراط السماع لأنه المقصود من المحضور وسيأتي تمامه . أما اشتراط الشهادة فلقوله صلى الله عليه وسلم « لا نكاح إلا بشهود » قال المصنف (وهو حجة على مالك في اشتراط الإعلان دون الإشهاد) وظاهر أنه حجة عليه في الأمرين : اشتراط الإعلان وعدم اشتراط الإشهاد ، لكن المقصود أنه حجة في أصل المسئلة وهو اشتراط الإشهاد ، وإنما زاد ذكر الإعلان تنميا لنقل ملهيه . ونبي اشتراط الشهادة قول ابن أبي ليلى وعثمان بن عيسى وأبي ثور وأصحاب الظواهر . قبل وزوج ابن عمر بغير شهود وكذا فعل الحسن ومم محجوجون بقوله صلى الله عليه وسلم « لا نكاح إلا بشهود » ورواه الدارقطنى . وروى الترمذى من حديث ابن عباس « بغايا اللاتي ينكحن أنفسهن بغير شهود » ولم يرفعه غير عبد الأعلى في التفسير ، ووقفه الطلاق ، لكن ابن حبان زوى من حديث عائشة أنه صلى الله عليه وسلم قال « لا نكاح إلا بولي » وشاهدى عدل ، وما كان من نكاح على غير ذلك فهو باطل ، فإن تشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي له ، قال ابن حبان : لا يصح في ذكر الشاهدين غير هذا ، وشتان ما بين هذا وبين قول فخر الإسلام : إن حديث الشهود مشهور يجوز تخصيص الكتاب به :

قال (ولا ينقذ نكاح المسلمين إلا بمحضور شاهدين حريين عاقلين بالغين مسلمين أو رجل وامرأتين عدولا كانوا أو غير عدول) أما اشتراط الشهادة فلقوله عليه الصلاة والسلام « لا نكاح إلا بشهود » واضترض بأنغير واحد فلا يجوز تخصيص قوله تعالى « فانكحوا ما طاب لكم من النساء » وغيره من الآيات به . وأجابه الإمام فخر الإسلام بأن هذا حديث مشهور تلقته الأمة بالقبول فتجاوز الزيادة به على كتاب الله (وهو حجة على مالك في اشتراط الإعلان دون الشهادة) حتى لو أعلنوا بمحضور الصبيان والمجانين صح ، ولو أمر للشاهدين أن لا يظهر العقد لم يصح لقوله عليه الصلاة والسلام « أعلنوا النكاح ولو بالدف » والجواب أن الإعلان يحصل بمحضور

(قوله وأجابه الإمام فخر الإسلام بأن هذا حديث مشهور بالغ) أقول : فيه بحث (قوله ولو أمر للشاهدين أن لا يظهر العقد لم يصح) أقول : يضى عنه .

الحرية فيها لأن البعد لا شهادة له لعدم الولاية ، ولا بد من اعتبار العقل والبلوغ ، لأنه لا ولاية بدونهما ، ولا بد من اعتبار الإسلام في أنكحة المسلمين لأنه لا شهادة للكافر على المسلم ،

أعنى قوله تعالى - فانكحوا ما طاب لكم من النساء - الآية ، فينتفع به الإيراد المعروف ، وهو لزوم الزيادة على الكتاب وأنخصيصه بمجر الواحد . وجواب آخر ، وهو أنه خص منه المحرمات فجاز تخصيصه بمجر الواحد ثانياً ، ولو عدل إلى النص في قوله تعالى - وأحل لكم ما وراء ذلكم - فالجواب بأن الآخر مخصوص بالمسكرة ونحوها .
واعلم أن المشايخ رحمهم الله نصبوا الخلاف في موضعين : في الشهادة على ما ذكرنا ، وفي الإعلان . واستدلوا لما لك في إثباته بالمقول من قوله صلى الله عليه وسلم في الحديث عن عائشة رضي الله عنها صلى الله عليه وسلم وأعلنوا بالنكاح ، رواه الترمذي وقال : حسن غريب . وبالمقول وهو أن حرام هذا الفعل يكون سراً فضده يكون جهراً لتنفى التهمة . والذي يظهر أن هذا نصب في غير محل النزاع ، يظهر ذلك من أجوبتهم عن هذا الاستدلال وغيره ، وذلك أن كلمتهم قاطبة فيه على القول بموجب دلائل الإعلان وادعاء العمل بها باشتراط الإشهاد إذ به يحصل الإعلان ، وكلام المنسوط حيث قال : ولأن الشرط لما كان الإظهار يعتبر فيه ما هو طريق الظهور شرعاً وذلك بشهادة الشاهدين فإنه مع شهادتهما لا يبقى سراً . وقول الكرخي : نكاح السر مالم يحضره شهود ، فإذا حضر أو فقد أعلن قال :

وسرك ما كان عند امرئ . وسر الثلاثة غير الخفي

صريح فيما ذكرناه . فالتحقيق أنه لا خلاف في اشتراط الإعلان ، وإنما الخلاف بعد ذلك في أن الإعلان المشروط هل يحصل بالإشهاد حتى لا يضر بعده توصيته للشهود بالكتمان إذ لا يضر بعد الإعلان التوصية بالكتمان أو لا يحصل بمجرد الإشهاد حتى يضر ، قلنا نعم وقالوا لا : ولو أعلن بدون الإشهاد لا يصح لتخلف شرط آخر وهو الإشهاد وعنده يصح . فالحاصل أن شرط الإشهاد يحصل في ضمنه الشرط الآخر ، فكل إشهاد إعلان وإلا يتعكس ، كما لو أعلنوا بمضرة ضيائن أو حبيد (قوله لعدم الولاية) يعني القاصرة وهي ولايته على نفسه لا التامة وهي نفاذ القول على الغير لأن تلك يحتاج إليها الأداء ، وهذا تعليل لعدم صحة شهادة الصبي والعبد والمجنون في باب النكاح وإن لم يكن من شرط هذه الشهادة الأداء ، فإذا لم يكن له ولاية على نفسه والشهادة فرعها لم تكن شهادة ولذا جازت شهادة المخلود في القذف لولايته على نفسه . والمدير والمكاتب كالفق لا يعتقد بشهادتهم . ولو حضر العبد والصبي للعقد مع غيرهما ممن تصح شهادته ثم عتق العبد وبلغ الصبي واحتجج إلى الأداء لم يعد النكاح فشهدا به دون من كان معهما ممن كان العقد بمحضورة جازت شهادتهما وإن لم تكن صحة العقد كانت بمحضورهما . هذا ومذهب أحمد جواز شهادة العبد مطلقاً ، واستبعد فقهاء لأنه لا كتاب ولا إجماع ولا تفقيهاً . وحكي عن

الشاهدين حقيقة ، وأما اشتراط الحرية فلأن البعد لا شهادة له (لعدم الولاية) والشهادة من باب الولاية . واخترع بأن الولاية عبارة عن نفاذ القول على الغير شاء أو أبى ، وذلك إنما يحتاج إليه عند الأداء ، وكلامنا في حالة الانقضاء ، فكما يعتقد بشهادة المخلودين في القذف فيعتقد بشهادة العبدن إذ الولاية لا تملح لها في هذه الحال ، وأجيب بأن الأداء يحتاج إلى ولاية متعدية وليست بمرادة ههنا ، وإنما المراد بها الولاية القاصرة تعظيماً لخطر أمر النكاح كاشتراط أصل الشهادة ، وكذلك اعتبار العقل والبلوغ (لأنه لا ولاية بدونهما ولا بد من اعتبار الإسلام) قال المصنف (لأنه لا شهادة للكافر على المسلم) يعني أنه من باب الولاية ، ولا ولاية له على المسلم ، وفيه النظر

ولا يشترط وصف الذكورة حتى يعتقد بحضور رجل وامرأتين ، وفيه خلاف الشافعي رحمه الله تعالى ، وستره في الشهادات إن شاء الله تعالى . ولا تشترط العدالة حتى يعتقد بحضرة القاصدين عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله . له أن الشهادة من باب الكرامة والفاسق من أهل الإهانة . ولنا أنه من أهل الولاية فيكون من أهل الشهادة ،

أس أن قال : ما علمت أحداً ردَّ شهادة العبد والله تعالى يقبلها على الأيم يوم القيامة ، فكيف لا تقبل هنا ، وتقبل شهادته على النبي صلى الله عليه وسلم في رواية الأخبار . والذي ذكر من المعنى وهو أن الشهادة من باب الولاية ولا ولاية له بما يمنع فإنه لا تلازم عقلاً بين تصديق غيره في إنباره بما شاهد به بعد كونه عدلاً تقياً وبين كونه غير مملوك المنافع ولا شرعاً لم لا يجوز أن يتولى عبد من عباد الله بالرق ويقبل إنباره ؟ كيف وليس الشرط هنا كون الشاهد ممن يقبل أدائه ، ولذا جاز يعلو الزوجين ولا أداء لهما ، وغاية ما يلحق فيه أنه لما لم يجعل له ولاية على نفسه شرعاً ولم يصحح له التصرف بالعمادات في حق العقود ونحوها فكان حضوره كلاً حضور . وأما ما ذكره في المبسوط حيث قال : ولأن النكاح يقدر في محافل الرجال والصبيان والعبيد لا بدعوى في محافل الرجال عادة فكان حضورهما كلاً حضور . فحاصله أن اشتراط الشهادة إنما هو لإظهار الخطر ولا خطر في إحضار مجرد العبد والصبيان ، وكلما أهل للثمة في أنكحة المسلمين ، وكلما النساء منفردات عن الرجال ، فشمس هذا الوجه نفي شهادة الكل . وعلى اعتباره الأولى أن ينفي شهادة السكاري حال سكرهم وعريتهم وإن كانوا بحيث يذكرونها بعد الصحو ، وهذا الذي أدين الله به (قوله ولا تشترط العدالة حتى يعتقد بحضرة القاصدين عندنا خلافاً للشافعي : له أن الشهادة من باب الكرامة) حقيقته الرجوع إلى الوجه الأول القائل بأنها شرطت إظهار الخطر وهو معنى التكرمة (والفاسق من أهل الإهانة) فلا تكرمة ولا تعظيم للتعذر بإحضاره . عارضه المصنف بقوله (ولنا أنه) أي القاص (من أهل الولاية فيكون من أهل الشهادة) تحليله من شرطية وضع فيها المقدم أسهل من تحليله من إقراره كما سلكه بعض الشارحين فأطال : أي لما كان من أهل الولاية . كان من أهل الشهادة ، فهذه دعوى ملازمة شرعية . وقوله وهذا لأنه لما لم يحرم الولاية على نفسه الخ ملازمة أخرى لبيان الملازمة الأولى في حيز المنع كالأولى فعلها بقوله لأنه من جنسه : أي لأن الغير من جنس القاص ويجوز قلبه : وفيه تقرير آخر لبعضهم بعيد من القبط . وحاصل هذا أن أحكام أفراد الجنس المتحد متحدة بحسب الأصل ، فكل مسلم يتعلق به من خطابات الأحكام

التي مر أنه ليس المراد به الأداء حتى تكون الولاية شرطاً . والجواب أنا قد ذكرنا أن الشهادة وصفة الشاهدين إنما كانت تعظيماً ولا تعظيماً لشيء بسبب حضوره للكفار (ولا يشترط وصف الذكورة حتى يعتقد بحضور رجل وامرأتين خلافاً للشافعي) ووجد المصنف بيان ذلك في الشهادات ونحن تابعناه في ذلك ، ويعتقد بشهادة فاسقين عندنا خلافاً للشافعي ، هو يقول (الشهادة من الكرامة) لأن في اعتبار قوله في نفسه ونفاذه على الغير إكراماً له لا تحالاً . (والفاسق من أهل الإهانة) بلرميته ، ودليله يتم بأن يقول : والفاسق ليس من أهل الكرامة ، ولكن عدل عنه إلى ما ذكر لأنه يستلزم ذلك ، وفيه تصريح بأنه يستحق ما هو أعظم من ترك الإكرام وهو الإهانة (ولنا أن القاص من أهل الولاية) على نفسه لأن له أن يزوجه نفسه وعنده وأمه ويقر بما يتعلق بنفسه من القتل وغيره ،

(قوله والجواب ، إلى قوله : إنما كانت تعظيماً) أقول : فيه بحث (قوله ولنا أن القاص ، إلى قوله : ويقر بما يتعلق بنفسه من القتل وغيره) أقول : فيه بحث

وهذا لأنه لما لم يحرم الولاية على نفسه لإسلامه لا يحرم على غيره لأنه من جنسه، ولأنه صلح مقلدا فيصلح مثلهما وكلنا شاهدا . والمحدود في القذف من أهل الولاية فيكون من أهل الشهادة تحملا ، وإنما القاتل ثمة الأداء بالنهي بحرمة فلا يلى بفواته كما

ما يتعلق بمثله فلما لم يحرم الشارع الفاسق من الولاية على نفسه علم أنه لم يعتبر شرعا فسقه سالبا لأهلية الولاية مطلقا . فيجاز ثبوتها على غيره لأنه كتفسه ، إلا أن ثبوتها على غيره لا يتحقق إلا برضاه وذلك بتوليته عليه ، وإذا استشهد به فقد استولاه ورضى به فثبت ذلك القدر وهو صحة مباحه عليه كما يضح منه مباحه لأحد شطرى ما يقننه من المعاملات لنفسه من غيره ومجرد المباح هو الشرط فتجوز شهادته فيه : أى مباحه . أما الأداء فتوقف على فعل غيره وهو إجازة القاضي . وأنت إذا تأملت هذا الوجه ظهر لك أنه لم يزد على اقتضاء تجويز كون الفاسق شاهدا فتثبت شهادته لعدم النافي . والوجه السابق من اشتراط الشهادة لإظهار تعظيم المقد وتعظيم المصلح الوارد هو عليه ينفيه لأن مجرد إحضار الفاسق ليس بتكرمة . والحق أن هذا الوجه إنما ينفي ما ذكرناه من إحضار الفاسق حال سكرهم على ما فرعوا من أنه إذا عقد بحضرة سكارى يفهمون كلام العاقلين جاز وإن كانوا يبعث ينسونه إذا حضروا وهو الذى دنا به آتقا . أما من كان فى نفسه فاسقا وله مروعة وحشمة فإن إحضاره للشهادة لا ينافيه الوجه المذكور ، فالحق صحة المقد بحضرة فاسق لافى حال فسقهم ، والله أعلم (قوله ولأنه صلح مقلدا) بكسر اللام المشددة . وجه ثان ذكره المصنف فى صحة شهادة الفاسق فى النكاح وهو أنه صلح مقلدا : أى سلطانا وخليفة (فيصلح مقلدا) بفتح اللام : أى قاضيا (وكذا شاهدا) بالواو فى نسخ وبالفاء فى نسخ ، فعلى الأول هى ملازمة

وكل من هو من أهل الولاية فهو من أهل الشهادة لأن الشهادة من باب الولاية . فإن قيل : الولاية على نفسه ولاية قاصرة ، ولا نسلم أن كل من كان من أهل الولاية على نفسه كان من أهل الشهادة لأنها متعدية إلى غيره . أجاب بقوله (وهذا) إشارة إلى أنه من أهل الشهادة لكونه من أهل الولاية : يعنى (لأنه لما لم يحرم الولاية على نفسه لإسلامه لم يحرم على غيره لأنه من جنسه) كما أن أهل اللمة لم ولاية على أنفسهم ظلم الولاية على غيرهم من أهل اللمة لأنه من جنسه وهذا بناء على أن الفسق لا يخرج المرء من أهلية الشهادة على الأداء ، وفيه الإلزام ، فلأن لا يخرج عنها على الانعقاد ولا إلزام فيه أولى (ولأنه صلح مقلدا) كالنكاح وغيره ، فإن الأئمة بعد الخلفاء الراشدين قلما يخلو واحد منهم عن فسق (فيصلح مقلدا) أى قاضيا (فكذا شاهدا) لأن الشهادة والقضاء من باب واحد . وفى عبارته تسامح لأنه يفهم منه أن تكون أهلية الشهادة مرتبة على أهلية القضاء ، وقد ذكر فى كتاب أدب القاضي أن أهلية القضاء مستفادة من أهلية الشهادة ، ولو قال بالواو كان أحسن : لا يقال : يجوز أن يكون مرتبا على مقلدا بكسر اللام لأن أهلية السلطنة ليست مستفادة من أهلية الشهادة لأن عكسه كذلك . والجواب أن معنى كلامه إذا كان الفسق لا يمنع عن ولاية هى أم ضررا فلأن لا يمنع عن ولاية عام الضرر أو خاصة أولى ، والترتيب على هذا الوجه غير خافى الصحة . ولو قال الفاسق من أهل الولاية القاصرة بلا خلاف فيصلح شاهدا على الانعقاد لأنه لا إلزام فيه وكانت الولاية قاصرة لكان أسهل تأتيا ، ويتعقد بمحذور المحدود : فى القذف لأنه (من أهل الولاية) على ما مر (فيكون من أهل الشهادة عملا) لا أداء . فإن قلت : النكحة المذكورة فى الفاسق أولا تنقض أن يكون للمحدود فى القذف شهادة متعدية ولم تكن فكانت منقوضة . قلت : كان كذلك لولا النص القاطع . وقوله (وإنما القاتل ثمة الأداء بالنهي بحرمة فلا يلى بفواته كما

في شهادة العميان وابني العاقلين . قال (وإن تزوج مسلم ذمية بشهادة ذميين جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد وزفر : لا يجوز) لأن السماع في النكاح شهادة ولا شهادة للكافر على المسلم ..

واحدة . حاصلها أنه لما صلح للولاية الكبرى التي هي أهم ضرراً ونفعاً صلح للصغرى التي هي الأكل وهي القضاء والشهادة بطريق الأولى . بيان الاستثنائية المقدرة المستغنى عن إظهارها بلفظة لما فلأنها دالة على وضع المقدم أن الخلفاء غير الأربعة السابقين ومن تبعهم بإحسان كعميرين عبد العزيز قلما خلوا من فسق مع عدم إنكار السلف ولايتهم وتصحيح تقليدهم القضاء وغيره . وعلى الثاني ملازمان بين صلاحية الكبرى وصلاحية القضاء وبين صلاحية القضاء وصلاحية الشهادة ، والأول سبب للثاني في كل منهما . فاعترض بأنه ذكر في أدب القاضي أن الأمر بالعكس حيث قال لا تصح ولاية القاضي حتى يجمع في المولى شرائط الشهادة . وأجيب بأن قوله فكذا شاهداً عطف على مقلداً بكسر اللام وإن غخل مطوف غيره كعمرو من قولك جاء زيد وبكر وعمرو عطف على زيد لا بكر ، ومسببته عنه ظاهرة ولا مناقضة حيثخذ ، وفيه نظر إذ العطف بالفاء يقتضى ترتب كل على ما قبله كما في جاء زيد وعمرو فبكر .

[فرع] في فتاوى النسئ : للقاضي أن يبعث إلى شفوعى ليطل العقد إذا كان بشهادة الفاسق . وللحنئ أن يفعل ذلك على ما بين في كتاب القضاء إن شاء الله تعالى ، وكذا لو كان بغير ولى . فطلبها ثلاثاً فبعث إلى شافعي يزوجهما من بغير محلل ثم يقضى بالصحة ، ويطلان النكاح الأول يجوز إذا لم يأخذ القاضي الكاتب ولا المكوب إليه شيئاً ولا يظهر بهذا حرمة الوطء السابق ولا شبة ولا خبث في الولد ، وكذا في الخلاصة . ثم قال : قال الإمام ظهير الدين المرغيناني : لا يجوز الرجوع إلى شافعي المذهب إلا في البين المضافة ، أما لو فعلوا قضى ببقوله لأن السماع في النكاح شهادة ولا شهادة للكافر على المسلم) ينتج لاسماع للكافر على المسلم لكنه عدل في النتيجة إلى التشبيه فقال : فصار كأنهما لم يسمعا كلام المسلم لأن مراده من النتيجة نفي السماع المعتبر لاني حقيقته ، وإذا اتفق الاعتبار بدار وجوده كعلمه ، فصح تشبيه السماع بعلمه على ما هو معنى قوله فصار كأنهما لم يسمعا كلام المسلم ، وتمام هذا الدليل موقوف على أن صغرى القياس منعكسة كنفسها في خصوص هذه المسألة لأن المطلوب نفي الشهادة لنفي السماع المعتبر ، فلو أن الشهادة مجرد الحضور كما يطليه ظاهر القدوري ، وقدمنا أن من قال به السغنى والإميجاني لم يتم . ونص القدوري وغيره على اشتراط السماع ولأنه المقصود بالحضور فلا يجوز بالأصمين على ما هو الأصح ، وعن اشتراط السماع ما قدمناه في الزواج بالكاتبه من أنه لا بد من سماع الشهود ما في الكتاب المشتغل على الخطبة بأن تقرأه المرأة عليهم أو سماعهم العبارة عنه بأن تقول : إن فلانا كتب إلى يخطبني ثم تشهدم أنها زوجته نفسها ، أما لو لم ترد على الثاني لا يصح على ما قدمناه في القروع . ولقد أبعد عن

في شهادة العميان) معلرة عن عدم قبول شهادة المخلود في قذف بعد ما كان من أهل الولاية كالفاسيق، ويجوز أن يكون جواباً عن السؤال الذي ذكرته آنفاً، والطريق الذي ذكرته في الفاسق أسهل مأخذاً. قال (وإن تزوج مسلم ذمية بشهادة ذميين جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال عملوزفر لا يجوز لأن السماع) أى سماع كلام العاقلين من الإيجاب والقبول (في النكاح شهادة) وهذا ظاهر لأننا لا نريد من الشهادة على النكاح إلا ذلك (ولا شهادة للكافر على المسلم)

(قال المصنف : وقال محمد وزفر وهما الله : لا يجوز ، لأن السماع في النكاح شهادة ولا شهادة للكافر على المسلم)

فكانت لم يسمعا كلام المسلم . ولهما أن الشهادة شرطت في النكاح على اعتبار إثبات الملك لوروده على عمل ذي خطر لاعلى اعتبار وجوب المهر إذا لشهادة تشترط في لزوم المال وهما شاهدان عليها ، بخلاف ما إذا لم يسمعا كلام الزوج لأن العقد

الفقهاء عن الحكمة الشرعية من زاد النائمين ونص في فتاوى قاضيهان عليه إذا لم يسمعا كلامهما ثم الشرط أن يسمعا معا كلامهما مع الفهم . أما الأول فذكر في روضة العلماء أنه الأصح ، قال وبه أخذ عامة العلماء اهـ . إذ لو جمع أحد الشهود ثم أعيد على الآخر فسمعه وحده لم يكن الثابت على كل عقد سوى شاهد واحد ، وعن أبي يوسف : إن اتحد المجلس جاز استحسانا وإلا فلا ، وعنه : لا بد من سماعهما معا . وأما الثاني فعن محمد : لو تزوجها بحضرة هندية لم يفهما لم يجز . وعنه : إن أمكنهما أن يعبرا معا جاز وإلا فلا ، وحكى في فتاوى قاضيهان خلافا فيه وجعل الظاهر عدم الجواز (قوله ولهما أن الشهادة شرطت في النكاح على اعتبار إثبات الملك) أى ملكه عليها (لوروده على عمل ذي خطر) وهو بضع أثني ليست مملوكة له محلة من بنات آدم على وجه يقصرها على نفسه لاستيفاء حاجاته منها وهذه من جلال النعم ، وهو معنى مناسب لاشتراط إحضار السامعين العقلاء إظهارا لتعظيم هذا العقد ليقع في محفل من المحافل ، وقد ظهر أثر ذلك بإيجاب المال عليه دونها مع أن ملك المتعة مشترك . فلم أن اشتراط الشهادة لصحة العقد ليس للملك كل منهما التمتع بكل وإلا لم يختص بلزومه ولا على اعتبار وجوب المهر لها عليه ليكونا شاهدين عليه ، إذ لأشهادة تشترط في لزوم المال فيها عهد من تقريرات الشرع في موضع ، ولا على اعتبار ملكهما الازدواج المشتركة لأنه ثبت تبعها للملك البضع ولا تشترط للتوابع وإلا وجب الإشهاد على شراء الأمة لوطء فإن ملكه من توابع ملك رقبته . وإذا كانت الشهادة لثبوت ملكه عليها كانا شاهدين عليها وهى ذمية فيجوز بلدين فإنه إظهار خطر بالنسبة إليها شرعا ، ولها لو كانا ذميين حكم الشرع بصحته ، حتى لو أسلما بى على الصحة (بخلاف ما إذا لم يسمعا كلام الزوج) لأن الشهادة اشترطت في العقد لذلك المعنى والعقد يقوم

وهذا بالاتفاق (فكانت لم يسمعا كلام الزوج ، ولهما أن الشهادة ، شرطت في النكاح على اعتبار إثبات الملك) وتركيب الحجة ، هكذا الشهادة في النكاح ، شرطت على اعتبار إثبات الملك عليها ، وكل ما شرطت على اعتبار إثبات الملك عليها شهادة عليها فالشهادة في النكاح شهادة عليها . وبين المصنف المقدمة الأولى بقوله (لوروده على عمل ذي خطر) . وتقريره أن الشهادة في النكاح حال الانعقاد ، إما أن تكون لإثبات ملك المتعة عليها إبانة لخطر المحل ، أو لإثبات ملك المهر عليه . والثاني متنفذ لأن المهر مال ولا يجب الإشهاد على لزوم المال أصلا ، وأما المقدمة الثانية فلأن قد علمنا بالاستعقار أنه لا شيء يشترط في إثبات ملك المتعة عليها إلا الشهادة ، فإن الولي ليس بشرط عندنا ، وإذا كانت الشهادة حال انعقاد النكاح شهادة عليها كان اللزمان شاهدين عليها ، وشهادة أهل الذمة على الذمية جائزة . وقوله (بخلاف ما إذا لم يسمعا) جواب عن

فكانت لم يسمعا كلام المسلم) أقول : وكان الظاهر أن يستلزم على مطلوبهما ، بأن يقال : لو جازت هذه الشهادة لمازنت شهادة الكافر على المسلم والثالث باطل ، إلا أنها عدلا عنه (قال المصنف : ولا الشهادة شرطت على العقد) أقول : يعنى على اعتبار إثبات الملك عليها يسبب هذا العقد فلا يخالف هذا الكلام لقوله إن الشهادة شرطت في النكاح الفاعل (قوله وتركيب الحجة هكذا الشهادة في النكاح شرطت الفاعل) أقول : يعنى أن يصور تركيب الحجة هكذا : للشهادة في النكاح شهادة شرطت على اعتبار إثبات الملك عليها ، وكل شهادة شرطت على اعتبار إثبات الملك عليها شهادة عليها (قوله وأما المقدمة الثانية الفاعل) أقول : فيه بحث ، فإن جبر شرط إثبات ملك المتعة عليها في الشهادة ما لا يمس الحاجة إليه أصلا ، وليس ذلك بدول المقدمة الثانية لاصريها ولا لزوما ، ويحكى في إثبات المطلوب كون الشهادة من شرائه كما لا يخفى على من يعرف تفصيل تركيب الحجة .

بهما فلا بد من مباعهما . هذا وتقبل شهادتهما عليا إذا أنكرت لاعليه إذا أنكر . وعند محمد لا تقبل إلا أن يقولوا
كان معنا مسلمان . وعنه لا تقبل مطلقا لإثباتها فعل المسلم ولا يثبت بشهادتهما . ولو أسلما ثم أدايا تقبل على كل
حال عندهما لأن مباعهما كلام المسلم معتبر وامتناع الأداء للكفر . وعند محمد لا تقبل لعلم صحة العقد إلا إذا قالا
كانا معنا مسلمان عند العقد . ولو كان الشاهدان ابنيها قبلا عليا فقط ، أو ابنيه فلهي فقط أو ابنيهما فلا يقبلان
على واحد منهما ، كما لو كانا أعميين أو أخرسين مسمعين حيث يصح العقد بهما ولا أداءهما لعلم البصر والتكلم ،
والعدوان على التصصيل ، فعنوه يقبلان عليا لاعليه ، وعدواها يقبلان عليه لاعليها ، وعدواهما لا يقبلان مطلقا .
أما الانعقاد فيثبت بشهادة الأولاد والأعداء كيف كانوا ، وأما الأخوان بأن يزوج الأب ابنته بشهادة ابنيه فأنكر
الزوج وادعاه الأب والبنات كبيرة أو المرأة فشهد لا تقبل . ولو كان الزوج هو المدعي والمرأة منكورة أو الأب
قبيل ، هذا قول أبي يوسف . وعند محمد تقبل وإن كان المدعي الأب أو المرأة أيضا . والأصل أن كل شيء يدعيه
الأب فشهادتهما فيه باطلة وإن لم يكن فيه منفعة له لشبهة الأبوة عند أبي يوسف لثبوت منفعة نفاذ كلامه . وقال
محمد : كل شيء للأب فيه منفعة جحدا وادعاه . فشهادة ابنيه فيه باطلة ، وكلما كل شيء له ما يكون خصما
فيه كالبيع ونظائره ، ولم يعتبر منفعة نفاذ القول منفعة ، ولو كانت البنت صغيرة لا تقبل اتفاقا لأنها للأب . قال
الحاكم أبو الفضل في تفسيره : يريد أن الشهادة تبطل في حال ادعائه من طريق التهمة ، وكذا في حال جحوده
لوقوعها لغير خصم يدعي اه . وفسر في الميسر جحوده بأن المراد عند جحوده إن كان الآخر جاحدا أيضا
لا تقبل لعدم الدعوى ، فأما إذا كان الآخر مدعيا فقبولة ، وإن كان للأب منفعة فيها كما إذا شهدوا عليه ببيع
مايساوى مائة بألف والمشتري يدعيه ، وهذا لأن هذه منفعة غير مطلوبة للأب فلا تمنع من قبول شهادتهما ،
وكذلك إذا قال لبعده إن كلمك فلان فأنكر حر فشهد ابنا فلان أن أباهما كلمه جازت عند محمد سواء كان الأب
جاحدا أو مدعيا . وعند أبي يوسف لا يجوز إلا أن يكون جاحدا : ولو زوج الرجل بنته ثم شهد مع أخيها عليا
بالرضا وهي تنكر لا تقبل لأن الشهادة على فعل نفسه مطلقا لا تقبل سواء كان ما هو فيه خصم أولا .

[فرعان] لو أقر بالنكاح بحضرة الشهود وكان تزوجها بغير شهود اختلفوا فيه ، والأصح أنها إن سما المهر
ينعقد نكاحا مبتدأ كذا في الترواية . . . وقلنا أنها إذا أقرأ به ولم يكن بينهما نكاح لا ينعقد إلا إن قال الشهود
جعلنا هذا نكاحا فقالا نعم فينقذ لأن النكاح ينقذ بالجعل . قال قاضيجان : وينبغي أن يكون الجواب على
التفصيل إن أقرأ بقصد ماض ولم يكن بينهم عقد لا يكون نكاحا ، وإن أقرت أنه زوجها وهو أنها امرأته يكون
نكاحا ويتضمن إقرارها بالإنشاء ، بخلاف إقرارها بماض لأنه كذب كما قال أبو حنيفة : إذا قال لامرأته لست في
امرأة ونوى به الطلاق يقع كأنه قال لاني طلقتك . ولو قال لم أكن تزوجها ونوى الطلاق لا يقع لأنه كذب
محض اه . يعني إذا لم يقل الشهود جعلنا هذا نكاحا والحق هذا التفصيل . وفي الفتاوى : بحث أقواما للخطبة
فزوجها الأب بحضرتهم قيل : لا يصح وإن قبل عن الزوج إنسان واحد لأنه نكاح بغير شهود لأن القوم كلهم
خاطبون من تكلم ومن لا ، لأن المتعارف هكذا أن يتكلم واحد ويسكت الباقون والمخاطب لا يصير شاهدا .
وقيل يصح وهو الصحيح وعليه الفتوى لأنه لا ضرورة في جعل الكل خاطبا فيجعل المنكح خاطبا فقط والباقي شهود

قياس محمد وزفر . وتقريره أن الشهادة في النكاح شرط على العقد والعقد ينقذ بكلاهما ، فإذا لم يسمعا كلام

ينعقد بكلاهما والشهادة شرطت على العقد ، قال (ومن أمر رجلا بأن يزوجه ابنته الصغيرة فزوجها والأب حاضر بشهادة رجل واحد سواهما جاز النكاح) لأن الأب يجعل مباشرة للعقد لانعدام المجلس ويكون الوكيل سفيرا ومعبرا فيبقي الزوج شاهدا (وإن كان الأب غائبا لم يجز) لأن المجلس مختلف فلا يمكن أن يجعل الأب مباشرة ، وعلى هذا إذا زوج الأب ابنته البالغة بمحضر شاهد واحد إن كانت حاضرة جاز ، وإن كانت غائبة لم يجز ، والله أعلم .

(قوله ومن أمر رجلا أن يزوجه ابنته الصغيرة فزوجها والأب حاضر بمحضرة رجل واحد جاز النكاح) وكلنا إذا زوج الأب ابنته البالغة بمحضرها مع واحد أو امرأتين أو وكيل المرأة بمحضرها مع امرأتين جاز النكاح . ثم إنما تنقل شهادة الزوج إذا لم يقل أنا زوجها بل يقول هذه زوجة هذا ، وإنما صح بحضور الواحد لأن الوكيل في النكاح سفير ومعبر ينقل عبارة الموكل ، فإذا كان من يعبر عنه حاضرا والقرص أن العبارة تنتقل إليه كان مباشرة لأن العبارة تنتقل إليه وهو في المجلس وليس المباشر سوى هذا ، بخلاف ما إذا كان غائبا لأن انتقال العبارة إليه حال عدم الحضور لا يصير به مباشرة لأنه مأخوذ في مفهومه الحضور ضرورة فيقتصر أثره على عدم رجوع الحقوق إلى الوكيل ، ولهذا لو زوج وكيل السيد العبد بمحضرة مع آخر لا يصح لأن العبارة إنما تنتقل إلى مفيد الولاية وهو السيد وهو غالب . فظهر من هذا التوجيه أن إزالته مباشرة مع حضوره جبري لا يتوقف على ثبوت الحاجة إلى اعتباره ، فاندفع ما أورد من أنه تكلف غير محتاج إليه فإن الأب يصلح شاهدا فلا حاجة إلى اعتباره مباشرة إلا في المسئلة الأخيرة في الكتاب ، وهي ما إذا زوج الأب ابنته البالغة بمحضرة واحد لأنها لا تصلح شاهدا على نفسها فأنزلت مباشرة ضرورة التصحيح ، ولو أذن السيد لعبد أو أمته في الزوج فقدا بمحضرة واحد مع السيد قيل لا يجوز للانتقال إلى السيد لأنهما وكيلان عنه ، والأصح الجواز بناء على منع كونهما وكيلين لأن الإذن فك الحجز عنهما فيقتصران بعده بأهلتهما لا بطريق النيابة . وما ذكر في مسئلة وكيل السيد يظهر أن ثبوت الصحة فيها

المسلم لم يشهدا على العقد (ومن أمر رجلا أن يزوجه ابنته الصغيرة فزوجها) بمحضرة رجل واحد فلا يغلو إما أن يكون الأب حاضرا أو غائبا ، فإن كان حاضرا جاز النكاح لأن الأب يجعل مباشرة للعقد ويكون الوكيل شاهدا لأن المجلس متحد ، فجاز أن يكون العقد الواقع من المأمور حقيقة كالواقع من الأمر حكما لكون الوكيل في باب النكاح (سفيرا ومعبرا ، وإن كان غائبا لم يجز لأن المجلس مختلف ، فلا يمكن أن يجعل الأب مباشرة) مع عدم حضوره في مجلس المباشرة . قال في النهاية : هذا تكلف غير محتاج إليه في المسئلة الأولى لأن الأب يصلح أن يكون شاهدا في باب النكاح فلا حاجة إلى نقل المباشرة من المأمور إلى الأمر حكما ، وإنما يحتاج إليه في المسئلة الأخيرة ، وهي ما (إذا زوج ابنته البالغة بمحضر شاهد واحد ، فإن كانت حاضرة جاز) بنقل مباشرة الأب إليها لعدم صلاحيتها للشهادة على نفسها (وإن كانت غائبة لم يجز) لأن الشيء إنما يقدر أن لو تصور تحقيقا . وأقول : أرى أنه لا فرق بين الصورتين في الاحتياج إلى ذلك التكلف ، وذلك لأن الأب إذا كان حاضرا لا يصلح أن يكون

(قال المصنف : لأن الأب يجعل مباشرة لانعدام المجلس ، إل قوله ، لأن المجلس مختلف) أقول : فيه بحث إذ أظهر أن يقول بدل قوله لانعدام المجلس لحضوره في المجلس وبدل قوله لأن المجلس مختلف لعدم حضوره في المجلس (قوله لأن المجلس مختلف فلا يمكن أن يجعل الأب مباشرة الخ) أقول : فيه بحث (قوله وأقول أرى أنه لا فرق ، إل قوله : لأن الأب إذا كان حاضرا الخ) أقول : يؤيد كلام صاحب النهاية لمصلحة

إذا زوج السيد عبده أو أمته بحضورهما مع شاهد محل نظر ، لأن مباشرة السيد ليس فكا للحجر عنهما في الزوج مطلقا وإلا لصح في مسئلة وكيله ولذا خالف في صحته المرغيناني ، قال : وقال أستاذي : فيهما روايتان : أي في وكيل السيد والسيدة .

[فروع] إذا جحد أحد الزوجين النكاح فلما أصله أو شرطه ، ففي أصله لو جحد الزوج فأقامت بينة به أو على إقراره قبلت ولا يكون جحد طلاقا ، ألا ترى أن الطلاق يتقص العدد وارتفاع أصل النكاح لا نقص : وأما إنكار الشرط كإنكار الشهادة ، فإن كانت هي المنكرة بأن قالت تزوجني بلا شهود وقال الزوج بشهود فالنكاح صحيح ، وإن كان هو القائل ذلك ففرق بينهما بإقراره بالحرمه على نفسه فيكون كالقرية من قبله فلها نصف المهر إن كان قبل الدخول وإلا فكله ونفقة العدة ، وهذا بخلاف إنكاره أصل النكاح لأن القاضي كذبه بالحجة في زعمه فلا يثبت زعمه معتبرا ، وهنا ما كذبه في زعمه نتيجة ولكن رجح قولنا لمخى هو أن الشرط تبع وقد اتفقا على الأصل والاتفاق على الأصل اتفاق على البيع فالمنكر له بعد موافقته على الأصل كالراجع عنه فيبقى زعمه معتبرا في حق نفسه ولذا فرق بينهما ، وكذا لو قال تزوجتها وهي معتدة أو عجوبة ثم أسلمت أو وأختها عتلى أو ولها زوج أو أمة بلا إذن لأن هذه المواقف كلها في محل العقد والمحال في حكم الشروط ، بخلاف ما لو ادعى أحدهما أن النكاح كان في صغره بمباشرة لأنه منكر لأصل النكاح معنى ، وإذا كان القول للمنكر منهما هنا فلا مهر لها عليه إن لم يكن دخل بها قبل البلوغ ، فإن دخل بها فلها الأهل من المسمى ومهر المثل للدخول في نكاح موقوف ، وإن كان الدخول بعد البلوغ فهو رضا بذلك النكاح ، وبعد البلوغ لو أجاز العقد الذي عقد له قبله جاز ، والتمكين من الدخول إجازة ، ولو كانت هي القائلة تزوجني وأنا معتدة وما بعدها إلى آخر الصورة التي ذكرناها وهو ينكر فهي امرأته لما قلنا في الشهادة ، والله سبحانه أعلم . شهد شاهد أنه تزوجها أمس وآخر اليوم فهي باطلة ، فإن النكاح وإن كان قولاً فن شرائطه ما هو فعل وهو الحضور ، فكان كالأفعال في الاختلاف ، واختلاف الشهود في المكان والزمان في الأفعال يمنع القبول ، ولأن كلا شهد بعقد حضره واحد ، والله أعلم .

شاهدا في نكاح أمره به ، لأن الوكيل سفير ومعبّر فكان الأب هو الزوج ، ولا يجوز أن يكون الزوج شاهدا ، وإذا انتقل إليه المباشرة أيضا صار هو الزوج من كل وجه فجاز أن يكون الوكيل شاهدا ، وطولب بالفرق بين هذه المسئلة وبين ما إذا وكل رجلا أن يزوجه عبده فزوج به شهادة رجل واحد والعبد حاضر فإنه لا يجوز مع إمكان جعل العبد مباشرة للعقد والوكيل مع الرجل شاهدين ، كما لو باشر المولى عقد تزويج العبد عند حضرة العبد مع رجل آخر فإنه يجوز . وأجيب بأن العبد لم يكن موكلًا حتى تنتقل مباشرة الوكيل إليه ويبقى شاهدا فيقول الوكيل على حاله مزوجا ، بخلاف ما إذا باشره المولى بحضرة العبد ، فإن العبد هناك يجعل مباشرة للنكاح بنفسه والمولى شاهدا فيكون النكاح بحضرة شاهدين . لا يقال : المولى ليس بوكيل عن العبد فكيف تنتقل مباشرة إليه لأن العقد لما كان له كان بمنزلة الموكل ، بخلاف ما إذا كان العبد غائبا لعلم إمكانية مباشرته لما قلنا إن الشيء إنما يقدر أن لو حضور تحقيقا .

في الهداية في باب المهر من أن الولي في تزويج الصغيرة سفير ومعبّر للاحاقه مباشر فراجع (قوله لا يقال للمولى ليس بوكيل من العبد فكيف تنتقل مباشرة إليه لأن العقد لما كان له كان بمنزلة الموكل الخ) أقول : هذا الكلام جار في المسئلة السابقة أيضا .

(فصل في بيان المحرمات)

قال (لا يخل للرجل أن يتزوج بأمة ولا يحداته من قبل الرجال والنساء) لقوله تعالى - حرمت عليكم أمهاتكم -

(فصل في بيان المحرمات) الخلية الشرعية من شرائط النكاح

وإنما أفرد هذا الشرط بفصل على حدة لكثرة شعبه وانتشار مسائله وانتفاء محلية المرأة للنكاح شرعا بأسباب : الأول النسب ، فيحرم على الإنسان فروعه وهم بناته وبنات أولاده وإن سفلن وأصوله وهم أمهاته وأمهات أمهاته وآبائه وإن علون ، وفروع أبويه وإن نزلن ، فمحرم بنات الإخوة والأخوات وبنات أولاد الإخوة والأخوات وإن نزلن ، وفروع أجداده وجداته لبطن واحد ، فلهذا تحرم العمات والحالات ، وتحمل بنات العمات والأعمام والحالات والأخوال . الثاني المصاهرة ، يحرم بها فروع نسائه للمخول بهن وإن نزلن ، وأمهات الزوجات وجدتهن بعقد صحيح وإن علون وإن لم يدخل بالزوجات ، وتحرم موطوعات آبائه وأجداده وإن علوا ولو يزنا والمعدونات لم علين بعقد صحيح ، وتحرم موطوعات أبنائه وأبناء أولاده وإن سفلوا ولو يزنا ، والمعدونات لم علين بعقد صحيح . الثالث الرضاع ، يحرم كالنسب ، وسيأتي تفصيله في كتاب الرضاع إن شاء الله تعالى . الرابع الجمع بين المحارم والأجنبيات كالأمة مع الحرة السابقة عليها . الخامس حتى الغير ، كالمتكوجة والمعتدة والحامل بثابت النسب . السادس عدم الدين السايى كالجوسية والمشرقة .

(فصل في بيان المحرمات)

لما كانت من بنات آدم من أخرجها الله عن محلية النكاح بالنسبة إلى بعض بني آدم احتاج إلى ذكرها في فصل على حدة . وأسباب حرمتين تنوع إلى تسعة أنواع : القرابة ، والمصاهرة ، والرضاع ، والجمع ، وتقديم الحرة على الأمة ، وقيام حتى الغير من نكاح أو عدة ، والشرك ، وملك اليمين ، والطلاقات الثلاث ، وكل ذلك مذكور في الكتاب (لا يخل للرجل أن يتزوج بأمة ولا يحداته من قبل الرجال والنساء لقوله تعالى - حرمت عليكم أمهاتكم -) ودلالته على حرمة الأم ظاهرة ، وأما على حرمة الحيلة فباعتبار أن الأم في اللغة هي الأصل كما يقال لكمة أم القرى ، فتكون دلائلها عليهم باعتبار معنى يجمعها لغة لا باعتبار الجمع بين الحقيقة والمجاز

(فصل في بيان المحرمات)

(قال المصنف : لقوله تعالى تحرم عليكم -) أقول : قال الله تعالى - حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة وأمهات نسائكم وربائكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلن بهن فإن لم تكونوا مسلمين فلا جناح عليكم ولا لآبائكم الذين من أصلابكم وأن تجمعوا بين الاثنين إلا ما ناهى سلف إن الله كان عفوا رحوما . والمحصنات من النساء إلا ما ناهىكم آيائكم كتاب الله عليكم وأصل لكم ماوراء ذلك أن يفتقروا بأمركم محصنين غير مسافحين لما استصحب به منهن فأنفن أجورهن فريضة ولا جناح عليكم فيما تراضين به من بعد الفريضة إن الله كان عليهما حكيمًا . الآية . قال القاضي في تفسير قوله تعالى - وأصل لكم ماوراء ذلك - فأسرى المحرمات الثمان المذكورة ، وعص عنه بالنسبة ما في المذكورات كسائر محرمات الرضاع والجمع بين المرأة وعمتها وأخواتها له (قوله وأسباب حرمتين تنوع إلى تسعة أنواع ، إلى قوله : والجمع الخ) أقول : فيه أن الجمع سرآم كما يدل عليه نظم القرآن لأنه سبب الحرمة (قوله وملك اليمين) أقول : فيه بحث

وبنائكم - والجدات أمهات ، إذ الأم هي الأصل لغة أوثبت حرمته بالإجماع . قال (ولا يثبت) لما تلونا (ولا يثبت ولده وإن سفل) للإجماع (ولا يأنثه ولا يبنات أنثه ولا يبنات أخيه ولا بعته ولا يخالته) لأن حرمته متصوص عليها في هذه الآية ، وتدخل فيها العمات المتفرقات والخالات المتفرقات وبنات الإخوة المتفرقين لأن جهة الاسم عامة . قال (ولا بأم أمهاته التي دخل بها أو لم يدخل) لقوله تعالى - وأمهات نسائكم -

السابع : التنافي كتنكاح السيد أمته والسيدة جددها (قوله إذ الأم هي الأصل لغة) قال الله تعالى - وعنده أم الكتاب - وسميت مكة أم القرى لأن الأرض دحيت من تحتها والخمر أم الخبائث ، فعلى هذا ثبتت حرمة الجدات بموضوع اللفظ وحقيقته لأن الأم على هذا من قبيل المشكك (قوله أوثبت حرمته بالإجماع) أي إن لم يكن إطلاق الأم على الأصل بطريق الحقيقة حتى لا يتناول النص الجدات . والتحقيق أن الأم مراد بها الأصل على كل حال ، لأنه إن استعمل فيه حقيقة فظاهر ، ولما لا يوجب أن يحكم بإرادته مجازا فتدخل الجدات في عموم المجاز والمعرف لإرادة ذلك في النص الإجماع على حرمته ، ولم يثبت عند المصنف إطلاق لفظ البنت على الفرع حقيقة فلما اقتصر في حرمة بنات الأولاد على الإجماع ، وظاهر بعض الشروح ثبوته حيث قال : وكذا الاستدلال بالبنات ، فإن بنت البنت تسمى بنتا حقيقة باعتبار أن البنت يراد به الفرع فيتناولها النص حقيقة أو مجازا عند البعض . وقوله عند البعض يريد إذا استعمل في حقيقته ومجازه عند العراقيين فإنهم يجوزونه إذا كان في محلين . وعلى ما أجمعناك من التفسير يتناولن مجازا عند الكل . ومن الطرق في تحريم الجدات وبنات الأولاد دلالة النص المحرم للعمات والخالات وبنات الأخ والأخت ، في الأول لأن الأشقاء منهم أولاد الجدات ، فتحريم الجدات ومن أقرب أولى ، وفي الثاني لأن بنات الأولاد أقرب من بنات الإخوة .

[فرعان : الأول] لبث الملاعة حكم البنت ، فلولا عن فني القاضي نسبها من الرجل وألحقها بالأم لا يجوز للرجل أن يتزوجها لأنه بسبيل من أن يكذب نفسه ويدهيها فيثبت نسبها منه . الثاني يحرم على الرجل بنته من الزنا بصريح النص المذكور لأنها بنته لغة ، والخطاب إنما هو بالغة العربية مالم يثبت نقل كلفظ الصلاة ونحوه فيصير منقولا شرعيا (قوله لأن جهة الاسم عامة) أي الجهة التي وضع الاسم مع اعتبارها فاسم الأخ مثلا وضع لذات باعتبار نسبها إلى أخرى بالمجاورة في صلب أو رسم ، والأحسن أن يقال باعتبار حلولها ما حلته من صلب أو رسم كمن لا يقتصر على التوهم وهذه الجهة تم المتفرقات فكان حقيقة في الكل بالتواطؤ ، ويدخل في العمات والخالات بنات الأجداد وإن علوا لأنهن أخوات آباء أولادهم وبنات الجدات وإن علون لأنهن أخوات أمهات علييات وفي بنات الأخ والأخت بناتهن وإن سفلن (قوله ولا بأم أمهاته دخل بها أو لم يدخل) إذا كان تنكاح البنت صحيحا

(أوثبت حرمته بالإجماع) وهذا من المسلكان يسلك بهما في كل ما فيه معنى الفرعية أيضا كالبنات وبناتها وبنات الابن بنات كلك ، والأخت وبناتها وبنات الأخ والعمات والخالات متفرقة كمن أو غيرها تناولها النص بجهة عموم الاسم ، هذا ما يتعلق بالمقاربة . ونحرم أم أمهاته إن كانت مدخولا بها أو لم تكن لقوله تعالى - وأمهات نسائكم -

(قوله في كل ما فيه معنى الفرعية) أقول : فيه بحث ، فإن إطلاق البنت على الفرع مطلقا متزوج (قوله كالبنات) أقول : حرمة البنات ثبت بالنص .

(١) (قوله أولاد) هكذا في الأصل ، والنسب أولاد بالياء بالواو لأنه صفة آباء المهرود كالإخوة كونه مصحح .
(٢٧ - تصح للفرع حتى ٢٤)

من غير قيد الدخول (ولا يثبت امرأته التي دخل بها) لثبوت قيد الدخول بالنص (سواء كانت في حجره أو في حجر غيره) لأن ذكر الحجر خرج مخرج العادة لا يخرج الشرط ولهذا اكتفى في موضع الإحلال بنى الدخول

أما بالفاسد فلا يحرم الأم إلا إذا وطئ بنتها ، ويدخل في أم امرأته جداتها (قوله من غير قيد الدخول) عليه عمر وابن عباس وعمران بن الحصين رضي الله عنهم والجمهور ، وإليه رجح ابن مسعود بناء على أن تعقيد المعطوف بصفة أو حال كما في الآية ، فإن قوله - من نسائك - حال من الرائب لا يوجب تعقيد المعطوف عليه به لكنه يجوز ولا يمتنع ، ولهذا خالف فيه علي وزيد بن ثابت رضي الله عنهما وناهيك بهما علما فجعلوا الدخول قيда في حرمة أمهات النساء وتبعضهم على ذلك بشر المريسى ومحمد بن شعيب . وجهه البناء على أن الشرط والاستثناء إذا تعقب كلمات منسوقة الصرف إلى الكل : ورد بأن المذكور في الآية ليس شرطا بل صفة ، ولا يلزم وصف المعطوف عليه بوصف المعطوف ، ثم يطل جوازها في هذا الموضع باستلزامه كون الشيء الواحد معمول عاملين ، وذلك أن النساء المضاف إليه أمهات مخفوض بالإضافة والمجرور بمن بها ، فلو كان الموصول وهو قوله - اللاتي دخلتم بهن - صفة لهما لزم ذلك ، وهذا بناء على اعتبار الصفة هنا بمعنى الشرط ، وأبطله في الكشف بلزوم كون من مستعملا في معنيين مختلفين في إطلاق واحد وهو البيان بالنسبة إلى النساء المضاف إليهن أمهات والابتداء بالنسبة إلى الرائب لأنه المناسب فيهما . قال الشيخ سعد الدين في حواشيه : وما يقال إن الابتداء معنى كل صديق على جميع معاني من قسرب من التأويل والتشبيه ، ثم قال : نعم قد يستعمل في إيصاف شيء فيتناول إيصاف الأمهات بالنساء لأنهن والذات بالرائب لأنهن مولودات ، فيثبت يصح جعل - من نسائك - متعلقا بالأمهات والرائب جميعا حالاً منهما . وغاللة إيصاف الأمهات بالنساء بعد إضافتها إليها في زيادة قيد الدخول ، لكن الاتفاق على حرمة أمهات النساء مدخولات كن أو غير مدخولات يأتي هذا المعنى ، فمن هنا جعل متعلقا برائبكم فقط اهـ . ويمكن أن يجعل حالاً من النساء المضاف إليهن أمهات ومن الرائب إلا أنه يستلزم جعل الحال من المضاف إليه ، وإنما جوزه من جوزه بمسوغ من كون المضاف صاملاً للعمل في الحال أو جزءاً للمضاف إليه ، وزاد بعضهم شبه الجزء في محبة حلفه والاستثناء عنه بالمضاف إليه نحو - ملة إبراهيم حنيفاً - (قوله سواء كانت في حجره أو في حجر غيره) وهو مذهب الجمهور وشرطه على ، ورجح ابن مسعود إلى قول الجمهور لأن قيد الحجر خرج مخرج العادة والغالب ، إذ الغالب كون البنت مع الأم عند زوج الأم وهو المراد بالحجر هنا ، ولولا هذا لثبت الإباحة عند انتفاء بدلالة اللفظ . في غير محل النطق عند من يعتبر مفهوم مخالفة ، وبالرجوع إلى الأصل وهو الإباحة عند من لا يعتبر المفهوم ، لأن الخروج عنه إلى التحريم مقيد بقيد فإذا انتفى القيد رجع إلى الأصل لا بدلالة اللفظ (قوله ولهذا) أي ولكونه لم يعتبر قيداً في الحرمة . اكتفى في وضع نفي الحرمة بنى الدخول بقوله تعالى - فإن لم تكونوا

من غير قيد بالدخول . وتحرم بنت امرأته التي دخل بها لثبوت قيد الدخول بالنص وهو قوله تعالى - من نسائك اللاتي دخلتم بهن - وليس كونها في الحجر شرطا . (قال المصنف . لأن ذكر الحجر) يعني في قوله تعالى - وربائبكم اللاتي في حجوركم - (خرج مخرج العادة) فإن العادة أن تكون البنات في حجور زوج أمها غالباً ، أي في تربيتها لأعلى وجه الشرط ، واستوضح ذلك بقوله (ولهذا اكتفى في موضع الإحلال بنى الدخول) ولم يشترط نفي الدخول مع نفي الحجر حيث لم يقل : فإن لم تكونوا دخلتم بهن . ولسن في حجوركم . فإن الإباحة تتعلق بقيد ما يتعلق به الحرمة . واعترض بأنه يجوز أن تكون الحرمة متعلقة بعملة ذات وصفين ، وهما الدخول ، والحجر .

(قال ولا بامرأة أبيه وأجداده) لقوله تعالى - ولا تنكحوا ما نكح آبائكم من النساء - (ولا بامرأة ابنه وبني أولاده) لقوله تعالى - وحلال ما بينكم وبينكم -

دخلتم بين فلا جناح عليكم - فحيث خصه في موضع النفي بالذكر علمنا أنه المعتبر في إضافة الحرمة ، وإلا لقلنا فإن لم تكونوا دخلتم بين ولسن في حجبكم ، أو فإن لم تكونوا دخلتم بين أو لسن في حجبكم جريا على العادة في إضافة نفي الحكم إلى نفي تمام العلة المركبة أو أحد جزئها الدائر وإن صح إضافته إلى نفي جزئها المعين لكنه خلاف المستمر من الاستعمال . هذا ويدخل في الحرمة بنات الريبة والريب وإن سفل لأن الاسم يشملهن . بخلاف حلال الأبناء والآباء لأنه اسم خاص فلذا جاز الزويج بأب زوجة الابن وبنتها . وجاز للابن الزويج بأب زوجة الأب وبنتها (قوله ولا بامرأة أبيه وأجداده) لقوله تعالى - ولا تنكحوا ما نكح آبائكم من النساء - اعلم أن امرأة الأب والأجداد تحرم بمجرد العقد عليها ، والآية المذكورة استدلت بها المشايخ صاحب النهاية وغيره على ثبوت حرمة المصاهرة بالزنا بناء على إرادة الوطء بالنكاح ، فإن أريد من حرمة امرأة الأب والجد ما يباينها من لزادة الوطء - قصر - عن إفادة تمام الحكم المطلوب حيث قال : ولا بامرأة أبيه ، وتصدق امرأة الأب بعقد عليها وإلا لم يفد الحكم في ذلك المحل ، فلما يصح على اعتبار لفظ النكاح في نكاح الآباء في معنى مجازي يعم العقد والوطء ، ولك النظر في تعيينه ، ويحتاج إلى دليل يوجب اعتبارها في المجازي ، وليس لك أن تقول ثبتت حرمة الموطوءة بالآية والمعقود عليها بلا وطء بالإجماع ، لأنه إذا كان الحكم الحرمة بمجرد العقد ولفظ الدليل صالح له كان مراداً منه بلا شبهة ، فإن الإجماع تابع للنص أو القياس أو أحدهما يكون ، ولو كان عن علم ضروري يخلق لم يثبت بذلك أن ذلك الحكم مراد من كلام الشارع إذا احتمله (قوله لقوله تعالى - وحلال ما بينكم -) إن اعتبر الحلية من حلول الفرائض أو حل الإزار تناولت الموطوءة بملك العيّن أو شبهة أو زنا فيحرم الكل على الآباء وهو الحكم الثابت عندنا ، كما تحرم الزنى بها ومن ذكرنا للآباء على الأبناء ، ولا تتناول المعقود عليها للابن أو ابنيه وإن سفلوا قبل الوطء ، والفرض أنها بمجرد العقد تحرم على الآباء وذلك باعتباره من الحل بكسر الحاء ،

ثم تنفي الحرمة بانتفاء أحدهما لأن الشيء ينفي بانتفاء الجزء ، فلم يكن ثبوت الإباحة عند انتفاء الدخول دليلاً على أن الحرمة غير متعلقة بالحيض . وأجيب بأن العادة في مثله نفي الوصفين جميعاً أو نفي العلة مطلقاً ، لا نفي أحدهما والسكوت عن الآخر . لا يقال : لا يجرى حكم الربا وهو حرمة الفضل والنفقة بين هذين البديلين لأنه لم يوجد فيه الجنسية أو لم يوجد القدر ، بل يقال : لم يوجد القدر مع الجنس ، أو يقال : لم يوجد علة الربا وليس بقوى ، وتحرم امرأة أبيه وأجداده لقوله تعالى - ولا تنكحوا ما نكح آبائكم من النساء - فإن دلالة نفي الأب ظاهرة وعلى الجدل بأحد الطرفين : إما أن يكون المراد بالأب الأصل فيتناول الآباء الأجداد كما تتناول الأم الجدات ، وإما بالإجماع . وأما المراد بالنكاح إن كان هو الوطء فيكون العقد ثابتاً بالإجماع ، وإن كان المراد به العقد فالوطء

(قال المصنف : لقوله تعالى - ولا تنكحوا ما نكح آبائكم -) أقول : قال الزيلعي : يتناول منكرة الأب وطءاً وعقداً جميعاً ، وكذلك لفظ الآباء يتناول الآباء والأجداد وإن كان فيه جمع بين الحقيقة والمجاز لأنه نفي ، وفي النفي يجوز الجمع بينهما كما يجوز في المشترك أن يعم جميع معانيه في نفس الأمر . وصح في وصايا الهداية جواز الجمع بين معاني المشترك في النفي (قوله وإما بالإجماع) أقول : فيه أن يكون دلالة قوله تعالى على الجد بالإجماع لا معنى له (قوله وإما المراد بالنكاح) أقول : يفي في قوله تعالى - ما نكح - .

وذكر الأصحاب لإسقاط اعتبار التبنّي لا لإحلال حليلة الابن من الرضاعة (ولا بأمه من الرضاعة ولا بأخته من الرضاعة) لقوله تعالى - وأماحكم اللاتي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّن الرضاعة - ولقوله عليه الصلاة والسلام «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» (ولا يجمع بين أختين نكاحاً ولا بملك بين وطأ) لقوله تعالى - وأن تجمعوا بين الأختين - ولقوله عليه الصلاة والسلام «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يجمعن ماءه في رحم أختين»

وقد قام الدليل على حرمة المزني بها للابن على الأب ، وهو ما استدكره في موضعه فيجب اعتباره في أمم من الحل والحلل ، ثم يراد من الأبناء الفروع فتحرم حليلة الابن السائل على الجد الأعلى من النسب ، وكما تحرم حليلة الابن من النسب تحرم حليلة الابن من الرضاع . وذكر الأصحاب في الآية لإسقاط حليلة المتبنّي . وذكر بعضهم فيه خلافاً للشافعي ، والمنقول عنهم أن ذكر الأصحاب لإحلال حليلة المتبنّي لا لإحلال حليلة الابن من الرضاع كذبها فلا خلاف (قوله ولا بأمه من الرضاعة) وكل من ذكرنا أنه يحرم من أول الفصل إلى هنا يحرم من الرضاع حتى لو أرضعت امرأة صبياً حرم عليه زوجة زوج الظئر التي نزل لبنيها منه لأنها امرأة أبيه من الرضاعة ، ويحرم على زوج الظئر امرأة هذا الصبي لأنها امرأة ابنه من الرضاعة ، وسنستوفي ذلك إن شاء الله تعالى في كتاب الرضاع (قوله ولا يجمع بين أختين نكاحاً) أي عقداً (ولا بملك بين وطأ) وهذا تمييزان لنسبة إضافية ، والأصل بين نكاح أختين ووطئهما مملوكين . ولا فرق بين كونهما أختين من النسب أو الرضاعة حتى قلنا لو كان له زوجتان رضيعتان أرضعتهما أجنبية فسد نكاحهما . وعند الشافعي يفسد نكاح الثانية فقط ، واستدل بقوله تعالى - وأن تجمعوا بين الأختين إلا ما قد سلف - بناء على أن التحريم المذكور أول الآية أضيف بواسطة العطف إلى الجمع وهو أمم من كونه عقداً أو وطأ ، وعن عثمان رضي الله عنه لإباحة وطء المملوكين قال : لأنهما أحاطتا بآية وحرمتها آية أخرى وهما هذه وقوله تعالى - وما ملكت أيمانكم - فرجع الحل . قيل الظاهر أن عثمان رضي الله عنه رجع إلى قول الجمهور ، وإن لم يرجع فالإجماع اللاحق يرفع الخلاف السابق وإنما لم يعتد بخلاف أهل

ثابت بطريق الأولى . ويحرم امرأة الابن نسباً ورضاعاً وبني أولاده لقوله تعالى - وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم - فحليلة الابن وهي زوجته حرام على الأب سواء دخل بها الابن أو لم يدخل لإطلاق النص على الدخول ، وأما حليلة ابن الابن فباعتبار أن المراد بالابن هو القرع فكأنه قال : وحلائل فروعكم ، وذلك يتناول حليلة ابن الابن وابن البنت بعمومه أو بالإجماع ، فإن قيل : قوله تعالى - من أصلابكم - يأتي ذلك . أجاب بأن (ذكر الأصحاب لإسقاط اعتبار التبنّي لا لإحلال حليلة الابن من الرضاعة) والدليل على ذلك أن التبنّي المنتسخ بقوله تعالى - ادعهم لأبائهم - وقصته أن رسول الله صلى الله عليه وسلم تبنى زيد بن حارثة ثم تزوج زينب بعد ما طلقها زيد ، فطعن المشركون وقالوا : إنه تزوج حليلة ابنه ، ففسخ الله التبنّي بقوله - ادعهم لأبائهم - ودفع طعن المشركون بهذا التقييد فبقيت حليلة الابن من الرضاع داخلة تحت قوله صلى الله عليه وسلم «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» وهذا ما يتعلق من التحريم بالمصاهرة . وتحرم أم الرجل من الرضاعة وأخته منها لقوله تعالى

(قال المصنف : وذكر الأصحاب لإسقاط اعتبار التبنّي) أقول : يجوز أن يكون لتأكيد كقوله تعالى - ولا طائر يطير بجناحيه - (قوله) بقيت حليلة الابن من الرضاع داخلة تحت قوله صلى الله عليه وسلم «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» (أقول : فيه أن الحديث إن لم يكن مشهوراً لازماً به على الكتاب على ما تقرّر في الأصول ، وإن كان مشهوراً يجوز نسخ الكتاب به لما الحاجة إلى جعل - من أصلابكم - احترازاً عن التبنّي (قال المصنف : ولا بملك بين وطأ) أقول : متعلق بوطأ المقدّر بقرينة المذكور.

(فإن تزوج أخت أمة له قد وطئها صح النكاح) لصلوره من أهله مضافا إلى عله (و) إذا جاز (لا يلاأ الأمة

الظاهر . وبتقدير علمه فالمرجح التحريم عند المعارضة . والحديث الذى ذكره وهو قوله صلى الله عليه وسلم « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر » الخ غريب . وفى الباب أحاديث كثيرة : منها ما فى الصحيحين عن أم حبيبة قالت : « يا رسول الله انكح أختى » الحديث ، إلى أن قال « إنها لا تحل لى » وحديث أبى داود عن الترملى عن أبى وهب الجيثافى أنه سمع الضحاك بن فيروز يحدث عن أبيه فيروز الدبلى قال « قلت : يا رسول الله إني أسلمت ونحيت أختان ، قال : طلق أيهما شئت » قال الترملى : حسن غريب ، وصححه البيهقى وابن حبان ، ولفظ أبى داود « اختر أيهما شئت » (قوله فإن تزوج أخت أمة له قد وطئها صح النكاح) خلافا لبعض المالكية . وجه قولهم إن المنكحة موطوءة حكما باعتباركم فيصير بالنكاح جامعا وطأ حكما وهو باطل باعتباركم لأنكم علمتم علم جواز وطء الأمة وإن لم يكن وطئ المنكحة بازوم الجمع وطأ حكما . وقد قلتم إن حكم وطء الأمة السابق قائم حتى استحب له لو أراد بيعها أن يستترها ، وما قبل حالة صدور العقد لا يكون جامعا وطأ بل بعد تمامه ، فإن ذلك حكمه فيتحققه ليس بدافع ، فإن صدوره من أهله مضافا إلى عله وإن كان ليس جمعا فى نفسه لكنه يستلزمه حيث كان هو حكمه ، وهو لازم باطل شرعا وملزوم الباطل باطل فالمعقد باطل . وقد يوجد فى صفحات كلامهم مواضع عللوا المنع فيها بمثله . وقد يجاب بأن هذا اللازم بيده إزالته فليس لازما على وجه الزوم فلا يضر بالصحة . وينع من الوطء بعدها لقيامه إذ ذلك (قوله ولا يلاأ الأمة) الحاصل أنه لا يلاأ واحدة منهما بعد العقد حتى يحرم الأمة على نفسه بسبب كسب الكل أو البعض والمهبة مع التسليم والإعتاق أو بالكتابة والزواج . وعن أبى يوسف : لا تحل المنكحة بالكتابة . وعنه : لو ملك فرجها غيره لا تحل المنكحة حتى تحيض المملوكة حيضة بعد وطئها لاحتمال كونها حاملا منه ، ففى هذا لو حاضت بعد الوطء قبل التملك حلت المنكحة بمجرد التملك . وجه الظاهر ثبوت الحرمة بالكتابة وهو المقصود ، ومن هنا قال الشافعى ومالك وأحمد : تحل المنكحة قبل تحريم المرقوفة

- وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة - ولقوله عليه الصلاة والسلام « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » هذا ما يتعلق بالرضاع . ويحرم أن يجمع الرجل بين الأختين بنكاح أو بملك بين وطأ لقوله تعالى - وأن تجمعوا بين الأختين - على الإطلاق ، وسرى حكمهما إلى كل امرأتين لو فرضت إحداهما ذكرا جرمت الأخرى عليه بعلقة قطعية الرحم سواء كان فى النسب أو للرضاع . ومن له أمة فتزوج أختها جاز ، سواء كان وطئ الأمة أو لم يطأها لأنه صدر من أهله وهو واضح (مضافا إلى عله) لأن الأخت المملوكة وطؤها من باب الاستئمان ، وهو لا يمنع نكاح الأخت ، ثم إن كان وطئ الأمة لا يطؤها بعد ذلك وإن لم يطأ المنكحة بعد لأن المنكحة موطوءة حكما فوطء الأمة يكون جمعا بين الأختين بوطء أحدهما حقيقة والأخرى حكما . واعترض عليه بأن النكاح لو كان قائما مقام الوطء حتى تصير المنكحة موطوءة حكما وجب أن لا يجوز هذا النكاح كى لا يصير جامعا بين الأختين وطأ كما قال به مالك . وأجيب بأن نفس النكاح ليس بوطء حتى يصير به جامعا بينهما ، وإنما

(قال المصنف : فإن تزوج أخت أمة له قد وطئها صح النكاح) أقول : وأنت غير أن الظاهر كان أن يجب تحريم الأمة الموطوءة على نفسه بسبب من الأسباب عقيب نكاح أختها كى لا يلزم الجمع بينهما فليقبل فإنه يجب به بأنهما مملكتان لا يجزى بها (قوله من باب الاستئمان) أقول : لا الاستفراش (قوله كما قال به مالك وجه الله) أقول : فيه أنه ذلك بنفس بعض المالكية .

وإن كان لم يطل المنكوحة (لأن المنكوحة موطوءة حكما ، ولا يطل المنكوحة للجمع إلا إذا حرم الموطوءة على نفسه لسبب من الأسباب فحينئذ يطل المنكوحة لعدم الجمع ، ويطل المنكوحة إن لم يكن وطئ المملوكة لعدم الجمع وطأ إذ الموقوفة ليست موطوءة حكما (فإن تزوج أختين في عقدتين ولا يدري أيتهما أولى فرق بينه وبينهما) لأن تكاح إحداهما باطل بيقين ،

بسبب لأن حرمة وطئها قد ثبتت بمجرد العقد فلا حاجة إلى اشتراط التحريم بسبب آخر . وأجيبوا بأن حكم وطء الموقوفة قائم ، حتى لو أراد بيعها استحب له استيرائها ، فبالوطء يكون جامعا وطأ حكما وإطلاق الآية بمنعها هذا كلامهم وهو مضرح بما وعدناه آنفا ، وهذا إذا كان النكاح صحيحا ، بخلاف الفاسد إلا إذا دخل بالمنكوحة فيه فحينئذ تحرم الموطوءة لوجود الجمع حقيقة لأنه وطء معتبر ترتب الأحكام عليه (قوله لأن الموقوفة ليست موطوءة حكما) لأن ملك الميمن لم يوضع للوطء بخلاف النكاح ، ولهذا لا يثبت نسب ولدها إلا بدعوة .

[فرع] لو اشترى أختين ليس له وطؤهما ، فإن وطئ إحداهما أو لمسها بشهوة لم يحل له وطء الأخرى حتى يحرم الموطوءة بسبب ، ولو وطئها أم ثم لم يحل له وطء واحدة منهما حتى يحرم الأخرى بسبب ، ولو باع إحداهما أو وهبها أو زوجها ثم ردت إليه المبيعة أو رجع في الهبة أو طالقت المنكوحة وانقضت عهدها لم يحل له وطء واحدة منهما حتى يحرم الأخرى بسبب كما كان أولا (قوله فإن تزوج أختين في عقدتين ولا يدري أيتهما الأولى فرق بينه وبينهما) هذا تفريع على حرمة الجمع ، وقيد بعقدتين إذ لو كانا في عقدة واحدة بطلا يقينا وبعدم علم الأولية ، إذ لو علم صح النكاح الأول وبطل الثاني ، وله وطء الأولى إلا أن يطل الثانية فتحرم الأولى إلى انقضاء عدة الثانية ، كما لو وطئ أخت امرأته بشبهة حيث يحرم امرأته ما لم تنقض عدة ذات الشبهة . وفي البراية عن الكامل : لو زنى بإحدى الأختين لا يقرب الأخرى حتى تحيض الأخرى حيضة وهذا مشكل ، والله سبحانه أعلم .

يصير وطأ بعد ثبوت حكمه وهو حل الوطء فلا يكون وطء الأمة مانعا عن النكاح (ولا يطل المنكوحة) أيضا (للجمع) بينهما (إلا إذا حرم الموطوءة على نفسه بسبب من الأسباب) كالبيع والزواج ، لأن ذلك الوطء قائم حكما ، حتى لو أراد أن يبيع يستحب له الاستبراء فيصير جامعا بينهما وطأ حقيقة ، وبالتحريم على نفسه يبطل حكم ذلك الوطء لزوال معنى اشتغال زوجها بماله حقيقة وحكما ، ألا ترى أنه يحل لزوجها أن يفشاه فيحل له أن يطل المنكوحة حينئذ لعدم الجمع ، وإن لم يكن وطئ المملوكة جاز له أن يطل المنكوحة لعدم الجمع وطأ إذ الموقوفة ليست موطوءة حكما . قوله (فإن تزوج أختين في عقدتين ولا يدري أيتهما أولى فرق بينه وبينهما) قيد بعقدتين ، لأنه لو تزوجهما بعقد واحد كان النكاح باطلا للجمع بين الأختين فلا يستحقان شيئا من المهر ، وقيد بقوله ولا يدري أيتهما أولى لأنه لو علم بذلك يبطل نكاح الثانية . وقوله (لأن نكاح إحداهما باطل بيقين)

(قوله فيصير جامعا بينهما وطأ حقيقة) أقول : فيه شبه (قوله وبالتحريم حل نفسه يبطل حكم ذلك الوطء) أقول : فيه بحث ، فله كان يلحق أن يجب تحريم الموطوءة على نفسه عقابا للنكاح بسبب من الأسباب كي لا يلزم الجمع فليتأمل لهما وطئان حكمان في الحقيقة ولا يمنع الجمع فيما (قوله لزوال معنى اشتغال زوجها بماله حقيقة وحكما) أقول : فإن قيل : لو صح ما ذكرتم لم يجب الاستبراء هل البائع قلنا ذلك ليس للاشتغال بل للحديث حل ما ضل صدر الشريعة في آخر باب الكراهية .

ولا وجه إلى التعيين لعدم الأولوية ولا إلى التنفيذ مع التجهيل لعدم الفائدة أو للضرر فتعين الطريق (ولهما نصف المهر) - لأنه وجب للأولى منهما ، وانعقدت الأولوية للجهل بالأولية فيصرف إليهما ، وقبل لا بد من دعوى كل واحدة منهما أنها الأولى أو الاصطلاح لجهالة المستحقة

(قوله ولا وجه إلى التعيين لعدم الأولوية) طوبى بالفرق بين هذا وبين ما إذا طلق إحدى نسائه بعينها ونسبها حيث يؤمر بالتعيين ولا يفارق الكل . وأجيب بإمكانه هناك لاهنا لأن نكاحهن كان متيقن الثبوت ، فله أن يدعى نكاح من شاء معينة منهن تمسكا بما كان متيقنا ولم يثبت هنا نكاح واحدة منهما بعينها ، فدعواه حيثلده تمسك بما لم يتحقق ثبوته (قوله ولا إلى التنفيذ مع التجهيل) أى تنفيذ نكاحهما مع جهول المحللة منهما لأنه تنفيذ الجمع بين الأخيين أو تنفيذ نكاح إحداهما مع تجهيله بأن يتخذ الأحاد الدائر بينهما (لعدم الفائدة) وهو حل الاستمتاع إذ لا يقع إلا في معينة ولا حل في معينة (أو للضرر) عليه إلزامه الثقة وسائر المواجه مع عدم حصول المقصود وعليها بصير ورثها معلقة لا ذات بعل في جنس الوطء ولا مطلقة وللضرر الأولى لو وقع تعيينه لغيرها وهى الصحيحة والثانية لوقوعها في الوطء الحرام ، وفى هذا نظر إذ لا ضرر عليها في الدنيا وهو ظاهر ، ولا في الآخرة لعدم قصد التجانف لإثم ، ولو قال وللضرر بالواو كان أولى لأن كلا منهما لازم للتنفيذ مع التجهيل (فتعين الطريق) والظاهر أنه طلاق حتى ينقص من طلاق كل منهما مطلقة لو تزوجها بعد ذلك ، فإن وقع قبل الدخول فله أن يتزوج أيهما شاء للحال أو بعده بهما فليس له بأى واحدة منهما شاء حتى تنقضى عدتها . وإن انقضت عدة إحداهما دون الأخرى فله تزوج التى لم تنقض عدتها دون الأخرى كى لا يصير جامعا ، وإن بعده بإحداهما فله أن يتزوجها في الحال دون الأخرى فإن عدتها تمنع من تزوج أختها (قوله ولهما نصف المهر) المسمى لهما بناء على أن التفريق قبل الدخول مع تساوى مهرهما جنسا وقلترا سواء برهننت كل واحدة منهما على أنها سابقة أو ادعته فقط ، أما لو قالتا لا ندرى السابقة منا لم يقض بشيء فلو كان التفريق بعد الدخول وجب لكل منهما مهرها كاملا . وفى النكاح الفاسد يقضى بمهر كامل وعقر كامل ، ويجب حله على ما إذا انعقد المسمى لهما قلترا وجنسا ، أما إذا اختلفا فيه فيتعلق بإيجاب عقر إذ ليست إحداهما أولى يجعلها ذات العقر من الأخرى لأنه فرع الحكم بأنها

يعنى من كانت أخرى في الواقع (ولا وجه إلى التعيين لعدم الأولوية ولا إلى التنفيذ) يعنى إلى تصحيحه في إحداهما بغير عينها (لعدم الفائدة) وهى حل القربان للزوج لأنه لا يثبت مع الجهالة (أو للضرر) يعنى في حقهما لأن كلا منهما تبقى معلقة لا ذات بعل ولا مطلقة (فتعين الطريق) وطوبى بالفرق بين هذه وبين ما إذا كان لرجل أربع نسوة فطلق واحدة منهن بعينها ثم نسبها فإنه يؤمر بالبيان ولا يفرق . وأجيب بأن الفارق تمكن الزوج ثمة من دعوى ثلاث منهن بأعينها ، لأن نكاح كل واحدة منهن كان ثابتا بيقين ، وليس فيها نحن فيه شيء من نكاحهما كذلك فلا يتمكن من دعوى النكاح في إحداهما تمسكا باليقين فيفرق بينهما . وقوله (ولهما نصف المهر) يعنى بينهما نصفان (لأنه وجب للأولى منهما) أما أنه وجب فلأن الفارقة وقعت بسبب مضاف إلى الزوج وهو التجهيل وذلك يوجب المهر البتة ، وأما أنه للأولى فلأن نكاحها صحيح دون الأخرى ، وتقرير كلامه المهر للأولى منهما لما قلنا وليست إحداهما لكونها أولى أولى (للجهل بالأولية) وفى بعض النسخ بالأولية (فيصرف إليهما) وقوله (وقبل لا بد من دعوى كل واحدة منهما) قال الفقيه أبو جعفر : لا بد أن تدعى كل واحدة منهما أنها هي الأولى ، وأما إذا قالت لا ندرى أى النكاحين كان أولا لا يقضى لهما بشيء حتى يصطلحا ، لأن الحق

(ولا يجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها أو ابنة أخيها أو ابنة أختها) لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا تنكح المرأة على عمها ولا على خالتها ولا على ابنة أخيها ولا على ابنة أختها» وهذا مشهور ،

المرطوءة في النكاح الفاسد ، هذا مع أن الفاسد ليس حكم الوطء فيه إذا سمي فيه العقر بل الأهل من المسمى ومهر المثل ، ولو اختلفا جنسا أو قدر اقضى لكل واحدة بربع مهرها ، وإن لم يكن في العقد تسمية يجب متعة واحدة لهما بدل نصف المهر . وكل هذه الأحكام المذكورة بين الأختين ثابتة بين كل من لا يجوز جمعه من المحارم ، والتقييد المذكور بقوله وقيل لا بد من دعوى كل واحدة منهما : أي دعواها أنها الأولى أو يصطلحان بأن يقولوا نصف المهر لنا عليه لا يعدونا فنصطلح على أخذه ، وما ذكره المشايخ يتدفع به قول أبي يوسف إنه لا شيء لهما بلهالة المقتضى لها ، فهو كما لو قال لأحد هذين عتلى ألف لا يقضى بشيء بلهالة المقتضى له . وعن محمد أن عليه مهرا كاملا بينهما نصفان ، لأن الزوج أقر بجواز نكاح إحداهما فيجب مهر كامل . وجوابه إنه يستلزم لإيجاب القصد بما تحقق عدم تزوجه ، فإن إيجاب كماله حكم الموت أو الدخول (قوله ولا يجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها أو ابنة أخيها أو ابنة أختها) تكرار لغير داع إلا أن يكون للمبالغة في نفي الجمع ، بخلاف ما في الحديث من قوله صلى الله عليه وسلم «لا تنكح المرأة على عمها ولا على خالتها ولا على ابنة أخيها ولا على ابنة أختها» رواه مسلم وأبو داود والترمذي والنسائي ، فإنه لا يستلزم منع نكاح المرأة على عمها أو خالتها منع القلب لجواز تخصيصه بالعممة والمخالعة بمنع نكاح ابنة الأخ والأخت عليهما دون إدخالهما على الابنة لزيادة تكريمهما على الابنة ، قال صلى الله عليه وسلم «الحالة بمنزلة الأم» في الصحيحين . ويؤنس حرمة نكاح الأمة على الحرمة مع جواز القلب فكان التكرار لدفع توهم ذلك ، بخلاف المذكور في الكتاب فإنه لم يذكره إلا بلفظ الجمع فلا يجرى فيه ذلك التوهم وهذا ظاهر ، وغير هذا الحديث الذي ورد بلفظ الجمع لم يزد فيه على قول : «لا يجمع بين المرأة وعمتها ولا بين المرأة وخالتها» . انتهى في الصحيحين (قوله وهذا مشهور) أعني الحديث المذكور ثابت في صحيحي مسلم وابن حبان . ورواه أبو داود والترمذي والنسائي ، وتلقاه المصدر الأول بالقبول من الصحابة والتابعين ، ورواه الجمع الغير منهم

للمجهولة فلا بد من الدعوى أو الاصطلاح ليقضى لهما : وصورة هذا الاصطلاح أن يقولوا عند القاضي : لنا عليه المهر وهذا الحق لا يعدونا فنصطلح على أخذ نصف المهر فيقضى القاضي . قالوا ولا يجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها أو ابنة أخيها أو ابنة أختها لقوله عليه الصلاة والسلام «لا تنكح المرأة على عمها ولا على خالتها ولا على ابنة أخيها ولا على ابنة أختها» رواه ابن عباس وجابر ، كذا في النهاية : وذكر الترمذي في جامعه أنه رواه عن أبي هريرة وابن عمر وأبو سعيد وعبد الله بن عمرو وأبو أمامة وجابر وعائشة وأبو موسى الأشعري وسمرة بن جندب (وهو مشهور) تلقته الأمة بالقبول والعمل . فإن قيل : فما فائدة التكرار لحكم واحد بصفتين مختلفتين في موضعين ، فإن المراد من قوله لا تنكح المرأة على عمها هو أن لا يجمع بينهما في النكاح ، ثم الجمع بين المرأة

(قال المصنف : ولا يجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها أو ابنة أخيها أو ابنة أختها) أقول : تكرار لغير داع ، إلا أن يكون للمبالغة في نفي الجمع ، بخلاف ما في الحديث فإنه لا يستلزم منع نكاح المرأة على عمها أو خالتها منع القلب لجواز تخصيصه بالعممة والمخالعة بمنع نكاح ابنة الأخ والأخت عليهما دون إدخالهما على الابنة لزيادة تكريمهما على الابنة . قال صلى الله عليه وسلم «الحالة بمنزلة الأم» ويؤنس حرمة نكاح الأمة على الحرمة مع جواز القلب فكان التكرار لدفع توهم ذلك ، بخلاف المذكور في الكتاب فإنه لم يذكره إلا بلفظ الجمع فلا يجرى فيه

يجوز الزيادة على الكتاب بمثله (ولا يجمع بين امرأتين لو كانت إحداهما رجلا لم يجوز له أن يتزوج بالأخرى) لأن

أبو هريرة وجابر وابن عباس وابن عمر وابن مسعود وأبو سعيد الخدري رضي الله عنهم (فتجوز الزيادة به على الكتاب) يعني بالزيادة هنا تخصيص عموم قوله تعالى - وأحل لكم ما وراء ذلكم - لا الزيادة المطلقة من تقييد المطلق مع أن العموم المذكور مخصوص بالمشركة والمجوسية وبناته من الرضاة ، فلو كان من أخبار الأحاد جاز التخصيص به أيضا غير متوقف على كونه مشهورا ، والظاهر أنه لا بد من ادعاء الشهرة لأن الحديث موقعه النسخ لا التخصيص ، لأن قوله تعالى - ولا تنكحوا المشركات - ناسخ لعموم قوله تعالى - وأحل لكم ما وراء ذلكم - إذ لو تقدم لزم نسخه بالآية فلم حل المشركات وهو متنفذ أو تكرار النسخ وحاصله خلاف الأصل . بيان الملازمة أن يكون السابق حرمة المشركات ثم ينسخ بالعام وهو - وأحل لكم ما وراء ذلكم - ثم يجب تقدير ناسخ آخر لأن الثابت الآن الحرمة (قوله ولا يجمع بين امرأتين لو كانت كل واحدة منهما ذكرا لم يجوز له أن يتزوج بالأخرى) انتهى بعد ذكر ذلك الفرع بأصل كل يتخرج عليه هو وغيره كحرمة الجمع بين عمتين وخالتين ، وذلك أن يتزوج كل من رجلين أم الآخر فيولد لكل منهما بنت فيكون كل من البنتين عمة للأخرى ، أو يتزوج كل من رجلين بنت الآخر ويولد لهما بنتان فكل من البنتين خالة للأخرى فيمتنع الجمع بينهما . والدليل على اعتبار الأصل المذكور ما ثبت في الحديث برواية الطبراني وهو قوله : « فإنكم إذا فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم » وروى أبو داود في مراسيله عن عيسى بن طلحة قال « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تنكح المرأة على قرينتها خافة القطيعة »

ومعها هو عين جمع المرأة بينها وبين بنت أخيها ، وكذلك الجمع بين المرأة وخالتها هو عين الجمع بينها وبين ابنة أخيها . أجيب بأن شمس الأئمة السرخسي قال : ذكر هذا النفي من الجاهليين ، إما للمبالغة في بيان التحريم ، أو لإزالة الإشكال لأنه ربما يظن ظان أن نكاح ابنة الأخ على العمة لا يجوز ، ونكاح العمة على ابنة الأخ يجوز لتفصيل العمة ، كما لا يجوز نكاح الأمة على الحرة ويجوز نكاح الحرة على الأمة ، فينبى النبي صلى الله عليه وسلم ثبتت له الحرمة من الجاهليين لإزالة الإشكال . ولقائل أن يقول : في عبارة المصنف تسامح لأنه قال : وهذا مشهور (تجوز الزيادة على الكتاب بمثله) وهذه العبارة إنما تستعمل في تقييد المطلق على ما لا ينفي على المصنفين ، وما نحن فيه ليس كذلك لأن قوله تعالى - وأحل لكم ما وراء ذلكم - عام ، وهذا الحديث يخصه . سلمنا جواز الاصطلاح على تخصيص العام بالزيادة ، لكن شرط التخصيص المقارنة عندنا أولا وليس بمعلومة . ويمكن أن يجاب عنه بأن الزيادة على الكتاب نسخ أحص فيجوز ذكره وإرادة مطلق النسخ لأن ذكر الأخص وإرادة الأعم مجاز شائع فيكون معناه يجوز نسخ الكتاب به ، ولا نزاع في ذلك لاسيما أنه تنطوق إليها الاحتمال بالنسخ مرة فإن قوله تعالى - ولا تنكحوا المشركات - نسخ عموم قوله تعالى - وأحل لكم ما وراء ذلكم - بتقديره متأخرا لئلا يتكرر النسخ ، فجاز أن ينسخ بغير مشهور ما تناوله مما ذكرناه ، ولا بأس بمطالبة ما في النهاية في هذا الموضع من كلام المؤيد الحذاق المتقنين إن كانت القواعد الأصولية على ذكر متلك . وقوله (ولا يجمع بين امرأتين لو كانت إحداهما رجلا لم يجوز له أن يتزوج بالأخرى) ظاهر ، وهو حكم ثابت بدلالة الحديث الذي كان بحثنا فيه لأن الجمع بين

ذلك التحريم ، وهذا ظاهر (قوله سلمنا جواز الاصطلاح الخ) أقول : فيه بحث ، فإن الإرادة التي لا يدخل المصنف بل على المورد ليس حيث سلم أنه تخصيص (قوله لئلا يتكرر النسخ) أقول : حتى لا يلزم حل المشركات المعلوم الانقضاء .

الجمع بينهما يفرض إيا القطعية والقربة المحرمة للزكاح للقطع، ولو كانت المحرمة بينهما بسبب الرضاع يحرم لما روينا من قبل (ولا بأس بأن يجمع بين امرأة وبنت زوج كان لها من قبل) لأنه لا قرابة بينهما ولا رضاع. وقال زفر: لا يجوز لأن ابنة الزوج لو قدرتها ذكرا لا يجوز له التزوج بامرأة أبيه قلنا: امرأة الأب لو صورتها ذكرا جاز له التزوج بهذه والشرط أن يصور ذلك من كل جانب.

فأوجب تعالى الحكم المذكور وهو حرمة الجمع إلى كل قرابة يفرض وصلها وهو ما تضمنته الأصل المذكور، وبه ثبتت الحجة على الروافض والخوارج وعثمان البقي على ما نقل عنه وداود الظاهري في إباحة الجمع بين غير الأخنتين، وقد روى في خصوص العمتين والخالتين حديث عن خصيف عن عكرمة، عن ابن عباس رضي الله عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم (أنه كره أن يجمع بين العمة والخالة وبين العمتين والخالتين) وإن تكلم في خصيف فالوجه قائم بغيره وهذا مؤيد (قوله والقربة المحرمة للزكاح) أي بمقتضى آية المحرمات (عزمة للقطع) على اسم التفاعل فيما وفي الجمع للقطع فلا يحل. وفي بعض النسخ عزمة للقطع على اسم المفعول في الثاني أي إنما حرمت للقطع فإنه عادة يقع التشاجر بين الزوجتين فيفرض إلى القطعية فلذلك حرمت تلك القربات المنصوص عليهن في الآية أعني - حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم - إلى آخرها على الرجل، وإن كان في بعضها غير ذلك أيضا كتنافه الاحترام الواجب للأمهات والعلمات والخالات بالافتراض فيمكن إدراجه في القطعية، ولا شك أن الجمع أفشى إليه لأكثرية المضارة بين الضرائر فكانت حرمة الجمع أولى من حرمة الأقارب (قوله ولو كانت المحرمة بينهما) أي بين المرأتين (بسبب الرضاع لا يحل الجمع لما روينا من قبل) وهو قوله صلى الله عليه وسلم «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» فلا يجوز أن يجمع بين أخنتين من الرضاع، أو امرأة وابنة أخ لها من الرضاع لأنها حماتها، أو امرأة وابنة أختها من الرضاع (قوله لأنه لا قرابة بينهما ولا رضاع) يعني أن الموجب لاعتبار ذلك الأصل وهو حرمة الجمع بين امرأتين لو كانت كل منهما ذكرا حرمت عليه الأخرى هو قيام القرابة المقرض وصلها أو الرضاع المقرض وصل متعلقه واحترافه، حتى لا يجوز أن يجمع بين أخنتين من الرضاع أومة أو خالة وابنة أخ أو أخت من الرضاع، وكذا كل عومة بسبب الرضاع، وكلاهما منتف في الريبة وزوجة الأب فكان تحريم الجمع بينهما قولا لا بدليل. وهذه أختي مسئلة الجمع بين الريبة وزوجة أبيها مما اتفق عليه الأئمة الأربعة، وقد جمع حينئذ الله بن جعفر بين زوجة علي وبنته ولم ينكر عليه أحد من أهل زمانه وهم الصحابة والتابعون، وهو دليل ظاهر على الجواز، أخرجه الثوري عن قتادة عن مولى ابن عباس قال: تزوج عبد الله بن جعفر بنت علي وامرأة علي، وذكره البخاري تعليقا. قال: وجمع عبد الله بن جعفر بين ابنة علي وامرأة علي وتعلقاته حميمة. قال ابن سيرين: وكرهه الحسن مرة. ثم قال: لا بأس به. وقلنا قريبا أنه لا بأس أن يتزوج الرجل امرأة ويتزوج

المرأة وحماتها عزم لإفصائه إلى قطعية الرحم المحرم للقطع وهو موجود فيما نحن فيه، ولا عليك أن نجعله ثابتا بدلالة قوله تعالى - وأن تجمعوا بين الأخنتين - كما قلتموه وهو أولى. وقوله (ولو كانت المحرمة بينهما بسبب الرضاع) ظاهر. وقوله (لما روينا) إشارة إلى قوله عليه الصلاة والسلام «يحرم من الرضاع» الحديث. وقوله (ولا بأس بأن يجمع بين امرأة مظاهر، ونسب في المبسوط قول زفر هنا إلى ابن أبي ليلى. وقوله (والشرط أن يصور ذلك من كل جانب) يعني كما كان في الأخنتين كذلك لأن ذلك هو المنصوص عليه وما نحن فيه فرح عليه فيجب أن يكون الفرع على ذائق الأصل. وقد صرح أن عبد الله بن جعفر جمع بين امرأة علي وبنته، وهذا ما يتعلق بالتحريم

قال (ومن زنى بامرأة حرمت عليه أمها وبنتها) وقال الشافعي : الزنا لا يوجب حرمة المصاهرة لأنها نعمة فلا تنال بالمحظور ،

ابنه أمها أو بنتها لأنه لا مانع . وقد تزوج محمد بن الحنفية امرأة وزوج ابنتها (قوله ومن زنى بامرأة حرمت عليه أمها) أى وإن علت ، فتدخل الجندات بناء على ما قدمه من أن الأم هى الأصل لغيرها (وابنتها) وإن سفلت ، وكذا تحرم المزنى بها على آباء الزانى وأجداده وإن علوا وأبناؤه وإن سفلوا هذا إذا لم يقضها الزانى ، فإن أفضاها لا تثبت هذه الحرمة لعدم تيقن كونه فى الفرج إلا إذا حبلت وعلم كونه منه . وعن أبى يوسف قال : أكره له الأم والبنت . وقال محمد : التنزه أحب إلى ولكن لا أفرق بينه وبين أمها . وقد يقال : إذا كان المس بشهوة تنتشر بها الآلة محرماً يجب القول بالتحريم إذا أفضاها إن لم ينزل ، وإن أنزل فعلى الخلاف الآتى ، وإن اتشرب معه أو زاد انتشاره كما فى غيره . والجواب أن العلة هو الوطء السبب للولد وثبوت الحرمة بالمس ليس إلا لكونه سبباً لهذا الوطء ، ولم يتحقق فى صورة الإفضاء ذلك إذا لم يتحقق كونه فى القبل ، ولا بد من كونها مشبهة حلالاً أو ماضياً . وعن أبى يوسف : إذا وطئ صغيرة لا تشتهى تثبت الحرمة قياساً على المجوز للشهوة . ولما أن العلة وطء سبب للولد وهو متصف فى الصغيرة التى لا تشتهى ، بخلاف الكبيرة لجواز وقوعه كإبراهيم وزكريا طيعما السلام . وله أن يقول الإمكان العقلى ثابت فيهما والعادى متصف عتهما فتساويا ، والتقصتان على خلاف العادة لا توجبان الثبوت العادى ولا تخرجان العادة عن النفى . ولا يتعلق بالوطء فى الدبر حرمة خلافاً لما عن الأوزاعى وأحمد . ووجهه ما تضمنه الجواب المذكور . وبقولنا قال مالك فى رواية وأحمد خلافاً للشافعي ومالك فى أخرى ، وقولنا قول عمر وابن مسعود وابن عباس فى الأصح وعمران بن الحصين وجابر وأبى عائشة ومجموع التابعين . كالصبرى والشيعى والنخعى والأوزاعى وطاوس وعطاء ومجاهد وسعيد بن المسيب وسليمان بن يسار وحاد والثوري وإسحاق بن راهويه . ولو ولدت منه بنتا بأن زنى بغيره وأمسكها حتى ولدت بنتا حرمت عليه هذه البنت لأنها بنته حقيقة وإن لم تره ولم تحب نفقتها عليه ولم تصبر أمهاتها أمهات أولاد لقوله صلى الله عليه وسلم (والولدة للفراس) فإن المراد به الولد الذى يرتب عليه أحكام الشرع إلا أن حكم الحرمة عارضه فيه قوله تعالى - حرمت عليكم أمهاتكم وبنايتكم - والمحظوق من مائه بنته حقيقة لغة ، ولم يثبت نقل فى أمم البنت والولد شرعاً ، والاتفاق على حرمة الابن من الزنا على أمه . فلمنا أن حكم الحرمة بما اعتبر فيه جهة الحقيقة ، ثم هو الجارى على المجهود من الاحتياط فى أمر الخروج ، وبجرة البنت من الزنا قال مالك فى المشهور وأحمد خلافاً للشافعي ، وعلى هذا الخلاف أخصمن الزنا وبنت أخيه وبنت أخته أو ابنه من بأن زنى أبوه أو أخوه أو أخته أو ابنه فأولدوا بنتاً فلها تحريم على الأخ والعلم

بسبب الجمع . قال (ومن زنى بامرأة حرمت عليه أمها وابنتها) لما فرغ من بيان الحرمة بسبب الجمع أراد أن يبين أن الزنا يوجب حرمة المصاهرة أولاً وذكر الخلاف (وقال الشافعي : الزنا لا يوجب حرمة المصاهرة لأنها نعمة) فلها تلحق الأجنيات بالخارم ، وكل ما هو نعمة لا ينال بالمحظور لا تنفاه المناسبة الواجبة بين الحكم وسببه (ولنا أن

(قوله أراد أن يبين أن الزنا يوجب حرمة المصاهرة) أقول : فكان الأنسب تقديمه على مسائل الجمع ولعل تأخيرها لكونه مكان الاعتطف

ولنا أن الوطء سبب الجزئية بواسطة الولد حتى يضاف إلى كل واحد منهما كلا قصير أصولها وفروعها كأصوله وفروعه وكذلك على العكس .

والحال والجد . ووجه قوله ظاهر من الكتاب (قوله ولنا أن الوطء سبب الجزئية) اعلم أن التليل يتم بأن يقال هو وطء سبب للولد فيعتقل به التحريم قياسا على الوطء الحلال بناء على إلغاء وصف الحلق في الناطق وهو يعتبره فهذا منشأ الافتراق . ونحن نبين إلغاءه شرعا بأن وطء الأمة المشتركة وجارية الابن والمكاتب والمظاهر منها وأمة المحبوسة والخاصة والنساء ووطء المحرم والصائم كله حرام وتثبت به الحرمة المذكورة ، فعلم أن المعتبر في الأصل هو ذات الوطء من غير نظر لكونه حلالا أو حراما . وما رواه من قوله صلى الله عليه وسلم « لا يجرم الحرام » غير مجرى على ظاهره ، أرأيت لو بال أوصب خرا في ماء قليل فملوك له لم يكن حراما مع أنه يجرم استعماله فيجب كون المراد أن الحرام لا يجرم باعتباره كونه حراما ، وحينئذ نقول بموجبه إذا لم تقل بالثبات الزنا حرمة المصاهرة باعتبار كونه زنا بل باعتبار كونه وطئا ، هذا لو صح الحديث ، لكن حديث ابن عباس مضعف بخان بن عبد الرحمن الواقفي على ما طعن فيه يحيى بن معين بالكلب . وقال البخاري والنسائي وأبو داود : ليس بشيء ، وذكره عبد الحق عن ابن عمر ثم قال : في إسناده إسحاق بن أبي فروة وهو متروك ، وحديث عائشة ضعيف بأنه من كلام بعض قضاة أهل العراق قاله الإمام أحمد ، وقيل من كلام ابن عباس وخالفه كبار الصحابة ، وقد استدلل بقوله تعالى - ولا تتكحروا ما تكح آبواكم من النساء - بناء على أن المراد بالتركاح الوطء ، إما لأنه الحقيقة اللغوية أو مجاز يجب الحمل عليه بقرينة قوله تعالى - إنه كان فاحشة ومقتا وساء سبيلا وإنما الفاحشة الوطء لانفس العقد . ويمكن منع هذا بل نفس لفظة الذي وضعه الشارع لاستباحة الفروج إذا ذكر لاستباحة ما حرم الله من منكوحات الآباء : أي المفقود عليهن لم يعد ما جعله الله قبيحا قبيح ، وقلنا المصنف اعتبار الآية دليلا

الوطء سبب الجزئية) وتقريره : الولد جزء من هو من ماله والاستمتاع بالجزء حرام : أما أن الولد جزء من هو . فلا نسب الجزئية موجود وهو الوطء فإنه سبب للجزئية بين الوالدين والولد لاجتماع ، وكذا بين الوالدين بسبب الولد (حتى يضاف إلى كل واحد منهما كلا) يقال ابن فلان وابن فلانة قصيرا أصولها وفروعها كأصوله وفروعها وتضمير أصوله وفروعها كأصولها وفروعها . فإن قيل : لو كان كذلك لكانت الحرمة ثابتة في نفس المرأة الموطوءة لأنها حيلة جزء الواطئ . أجاب بقوله (والاستمتاع بالجزء حرام إلا في موضع الضرورة) وهي الموطوءة) لأنها لو قيل بجرمتها لم تحمل امرأة بعد ما ولدت لزوجها وعاد النكاح على موضوعه بالنقض لأنه ماضى إلا للتوالت ، فلو حرمت بالولادة لكان ما وضع للولادة يقتضي بها فيهما وذلك خالف باطل ، وأما أن الاستمتاع بالجزء حرام فلأن أول الإنسان آدم عليه السلام وقد حرمت عليه بناته فهو الأصل في حرمة الجزء ، واستبقى موضع الضرورة وهي أمهات.

(قوله وتقريره الولد جزء من هو من ماله والاستمتاع بالجزء حرام) أقول : النتيجة اللازمة من هذا التقدير حرمة الاستمتاع بالولد وفروعه ليس إلا المطلوب يتضمن حرمة أصول كل منهما للأخ أيضا ، والصواب تركيب التقدير الاستثنائي بحيث يتم الكل (قال للمصنف : ولنا أن الوطء سبب الجزئية بواسطة الولد) أقول : فإن الولد جزء من الأب وهو جزء من الأم أيضا متصل بها غلط حتى يفصل منها بالمقارضة . (قوله وكذا بين الوالدين بسبب الولد) أقول : فيه بحث (قوله فإن قيل لو كان الخ) أقول : عمل هذا السؤال كان مطبق بيان الكبرى كما لا يخفى (قوله بعد ما ولدت) أقول : بل بعد الوطء ، وهذا أول في إثبات المطلوب والموعد على موضوعه بالنقض (قوله فهو الأصل في حرمة الجزء) أقول : بل حيث آدم عليه السلام .

والاستمتاع. بالجزء حرام إلا في موضع الضرورة وهي الموطوءة - والوطء محرم من حيث إنه سبب الولد لامن حيث إنه زنا (ومن مسته امرأة بشهوة حرمت عليه أمها وابنتها)

على تحريم المعقود عليها للخب . وقد روى أصحابنا أحاديث كثيرة منها : قال رجل : يا رسول الله إني زنت بامرأة في الجاهلية أفأنكح ابنها ؟ قال : لا رى ذلك ، ولا يصلح أن تنكح امرأة تطلع من ابنتها على ما تطلع عليه منها ، وهو مرسل ومنقطع ، وفيه أبو بكر بن عبد الرحمن ابن أم حكيم . ومن طريق ابن وهب عن أبي أيوب عن ابن جريج : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في الذي يتزوج المرأة فيغمز ولا يزيد على لك : لا يتزوج ابنتها ، وهو مرسل ومنقطع ، إلا أن هذا لا يقدح عندنا إذا كانت الرجال ثقات . فالخاص أن المقتولات تكافأت ، وقوله نعمة فلا تنال بالمحظور مغلطة ، فإن النعمة ليست التحريم من حيث هو تحريم لأنه تضيق ، ولذا اتسع الحل لرسول الله صلى الله عليه وسلم من الله سبحانه ، بل من حيث هو يترتب على المصاهرة ، فحقيقة النعمة هي المصاهرة لأنها هي التي تصير الأجنبي قريبا وعضدا وساعدا بهم ما أمكك ولا مصاهرة بالزنا ، فالصهر زوج البنت مثلا لامن زنى بنت الإنسان فانتفى الصهرية . وقالنبا أيضا إذ الإنسان ينفر عن الزاني بيته فلا يتعرف به بل يعادي فأني ينفع به ؟ فالمرج القياس ، وقد بينا فيه إلغاء وصف زائد على كونه وطأ ، وظهر أن حديث الجزية وإضافة الولد إلى كل منهما كلاً لا يحتاج إليه في تمام الدليل ، إلا أن الشيخ ذكره بيانا لحكمة العلة : يعني أن الحكمة في ثبوت الحرمة بهذا الوطء كونه سببا للجزية بواسطة الولد المضاف إلى كل منهما كلاً . وهو إن انفصل فلا بد من اختلاط ماء ، ولا يعني أن الاختلاط لا يحتاج تحققه إلى الولد والام تثبت الحرمة بوطء غير معلق والواقع خلافه فتضمنت جزءه (والاستمتاع بالجزء حرام) لقوله صلى الله عليه وسلم : نكح اليد لملمون (إلا في موضع الضرورة وهي المنكوحة) ولا لاستتزام البقاء مزوجاً حرجاً عظيماً تصديق عنه الأموال والنساء ، وإذا تضمنت جزءه صارت أمهاتها كأمهاته وابنتها كبناته فيحرمن عليه كما تحرم أمهاته وبناته حقيقة : أو نقول وهو الأوجه :: إن بالانفصال لا تنقطع نسبة الجزية وهي المنار . وعند علم العلوق غاية ما يلزم كون المظنة خالية عن الحكمة وذلك لا يمنع التعليل كالمالك المرفه (قوله ومن مسته امرأة بشهوة) أي بدون حائل أو بحائل رقيق تصل معه حرارة البدن إلى اليد . وقيل الملبأ وجود الحجم ، وفي مس الشعر روايتان ، وقيل فيه اختلاف المشايخ ومسه امرأة كذلك ، ويشترط كونها مشبهة حالاً أو ماضياً ، فلو مس عجزوا بشهوة أو جامعها تثبت الحرمة ، وكلها إذا كانت صغيرة

وقوله (والوطء محرم من حيث إنه سبب الولد) جواب عن قوله حرمة المصاهرة نعمة فلا تنال بمحظور . وبيانه أن الوطء ليس بسبب للحرمة من حيث ذاته حتى تعتبر المناسبة بينه وبين الحكم بالمشروعية ، ولا من حيث أنه زنا وإنما هو سبب لها من حيث أنه سبب للولد أقيم مقامه كالسفر مع المشقة ، ولا علوان ولا معصية للنسب التي هو الولد لعدم اتصافه بذلك . لا يقال : ولد عصيان أو علوان والشئ إذا قام مقام غيره يعتبر فيه صفة أصله لأصفة نفسه كالتراب في التيمم . وقوله (ومن مسته امرأة بشهوة) بيان أن الأسباب الداعية إلى الوطء في إثبات الحرمة كالوطء في إثباتها . قال القفقي أبو الليث : تأويل المسئلة إذا صدق الرجل المرأة أنها مسته عن شهوة ولو كلبها ولم يقع في أكبر رايه أنها فعلت ذلك عن شهوة ينبغي أن لا يحرم عليه أمها وبناتها . فإن قيل : ذكر مسئلة الدواعي تكرار لأن نفس الوطء الحرام إذا لم يوجب الحرمة عند الشافعي فلأن لا يوجبها دواعيه أولى . أجب بأنه (قوله فإن قيل : ذكر مسئلة الدواعي) أقول : أي ذكر خلاف الشافعي فيها ، فإن الأولية في جانبها كالإمسي ، في صيرته قصور .

تشبهى ، قال ابن الفضل : بنت سبع سنين مشبهة من غير تفصيل ، وبنت خمس سنين فادونها لا يلا تفصيل ، وبنت ثمان أو سبع أو ست إن كانت علة كانت مشبهة وإلا فلا . وكذا يشترط في الذكر حتى لو جامع ابن أربع سنين زوجة أبيه لا تثبت به حرمة المصاهرة ، وهذا ما وعدناه من قريب . ولا فرق في ثبوت الحرمة بالمس بين كونه عامدا أو ناسيا أو مكرها أو مخطئا ، حتى لو أيقظ زوجته ليجامعها فوصلت يده إلى بنته منها فقصصها بشهوة وهى ممن تشبهى يظن أنها أمها حرمت عليه الأم حرمة مؤبدة ، وإن أن تصورها من جانبها بأن أيقظته هى كذلك فقصصت ابنته من غيرها ، وقوله بشهوة فى موضع الحال فيفيد اشتراط الشهوة حال المس ، فلو مس بغير شهوة ثم اشبهى عن ذلك المس لاهرم عليه . وما ذكر فى حد الشهوة من أن الصحيح أن تنتشر الآلة أو تزاد انتشارا اه قول السرخسى وشيخ الإسلام . وكثير من المشايخ لم يشترطوا سوى أن يميل قلبه إليها ويشبهى جماعها ، وفرغ عليه ما لو انتشر فطلب امرأته فأولج بين فخذى بنتها خطأ لاهرم عليه الأم مالم يزد الانتشار . ثم هذا الحد فى حق الشاب أما الشيخ والعين فحدهما تحرك قلبه أو زيادة تحركه إن كان متحركا لاهرم ميلان النفس فإنه يوجد فيمن لاشهوة له أصلا كالشيخ القافى والمراهق كالبالغ ، حتى لو مس وأقر أنه بشهوة ثبت الحرمة عليه . وكان ابن مقاتل لا يشق بالحرمة على هذين لأنه لا يمتنع إلا تحرك الآلة . ثم وجود الشهوة من أحدهما كاف ولم يحدوا الحد المحرم منها فى حق الحرمة والله . تحرك القلب على وجه يشوش الخاطر . هذا وثبوت الحرمة بمسها مشروط بأن يصدتها أو يقع فى أكبر رأيه صدقها . وعلى هذا ينبغي أن يقال فى مسه لهاها : لاهرم على أبيه وابنته إلا أن يصدته أو يظن على ظنهما صدقه . ثم رأيت عن أبى يوسف أنه ذكر فى الأمالى ما يفيد ذلك ، قال : امرأة قبلت ابن زوجها وقالت كان عن شهوة ، إن كذبها الزوج لا يفرق بينهما ، ولو صدقتها وقعت الفقرة ويجب نصف المهر إن كان قبل النحول ويرجع به الأب على الابن إن تعمد الفساد . ولو وطئها الابن حتى وقعت الفقرة ويجب نصف المهر لا يرجع على الابن لأنه وجب عليه الحد بهذا الوطء فلا يجب المهر ، وتقبل الشهادة على الإقرار بالمس والتفصيل بشهوة . ولو أقر بالتفصيل وأنكر الشهوة ولم يكن انتشار فى بيوع الأصل والمتنق يصدق . وفى مجموع النوازل : لا يصدق لو قبلها على الفم . قال صاحب الخلاصة : وبه كان يفتى الإمام خالى . وقال القاضى الإمام : يصدق فى جميع المواضع ، حتى رأيت أئمة فى المرأة إذا أخذت ذكر الخنثى فى الخصومة فقالت كان عن غير شهوة أنها تصدق اه . ولا إشكال فى هذا ، فإن وقوعه فى حالة الخصومة ظاهر فى عدم الشهوة ، بخلاف ما إذا قبلها منتشرا فإنه لا يصدق فى دعوى عدم الشهوة . والحاصل أنه إذا أقر بالنظر وأنكر الشهوة صدق بلا خلاف ، وفى المباشرة إذا قال بلا شهوة لا يصدق بلا خلاف فيما أعلم ، وفى التفصيل إذا أنكر الشهوة اختلف فيه ، قيل لا يصدق لأنه لا يكون إلا عن شهوة غالبا فلا يقبل إلا أن يظهر خلافه بالانتشار ونحوه ، وقيل يقبل ، وقيل بالتفصيل بين كونه على الرأس والجنب والخذ فيصدق أو على الفم فلا ، والأرجح هذا إلا أن الحد يترامى لحاقه بالفم ،

إنما كانت تكرارا أن لو كانت مصورة فى الحرام فقط ، وليس كذلك بل هى فى الحلال مثل أن مست أمة مولاهما

(١) قوله من غيرها قيد بذلك ليطمأنا إذا كان منها بالأول له مهر ، كذا يهش نسخة العلامة البحر اوى حفظه الله كتبه مصححه .

(٢) قوله إلا أن يظهر الفم حتى هذا الاستثناء أن يذكر بعد قوله وقيل يقبل كما لا يخفى اه ، كذا يهش نسخة العلامة البحر اوى

وقال الشافعي رحمه الله : لا تحرم ، وعلى هذا الخلاف مسه امرأة بشهوة ونظره إلى فرجها ونظرها إلى ذكره عن شهوة . له أن المس والنظر ليسا في معنى الدخول ، ولهذا لا يتعلق بهما فساد الصوم والإحرام ووجوب الاغتسال فلا يلحقان به . ولنا أن المس والنظر سبب دأع إلى الوطء فيقام مقامه في موضع الاحتياط ، ثم المس بشهوة أن تنتشر الآلة أو ترداد انتشارا هو الصحيح ،

ويجمل ما في الجامع في باب قبول ما مقام عليه البيئة أن هذا المدعى تزوج أمها أو قبلها أو لمسها بشهوة على أن قوله بشهوة قيد في المس والقبلة بناء على إرادة القبلة على القم ونحوه أو في المس فقط إن أريد غير القم ونحوه . والحاصل أن الدعوى إذا وافقت الظاهر قبلت وإلا ردت فإعراي الظهور . وفي الحيط : لو كان لرجل جارية فقال وطئها لأمحل لانه ، وإن كانت في غير ملكه تحل لابنه إن كذبه لأن الظاهر يشهد له (قوله وقال الشافعي : لا تحرم) قيل عليه أن ثبوت خلافه مستفاد من المسئلة السابقة بطريق أولى فلاحاجة إلى نقله مرة أخرى . أجيب بأن المس المتكلم فيه هنا مفروض في الحلال وإن كان لا تفاوت حثدا بين المس الحلال والحرام وثبوت خلافه في المس الحلال لا يوقف عليه بالسابقة . وحينئذ لا بد من فرض كون المسوس أمته على ما في شرح الجمع حيث قال المراد بالمرأة المنظور إليها : يعني التي فيها خلاف الشافعي الأمة : يعني أمته ، لأنه إما أن يراد المنكوحة أو الأجنبية أو الأمة ، لا سبيل إلى الأول لأن أم المنكوحة حرمت بالعقد وبثها بالنظر والمس ، لا أن حرمتها جميعا بالنظر والمس فلا يستقيم في المنكوحة إلا فائدة التحريم في الربية دون الأم ، ولا سبيل إلى الأجنبية لأن الدخول

كذلك ، غير أن ما لم يميز بين الحلال والحرام في دخول وجوب الحرمة والشافعي في دخول العلم (له) في الحلال ما ذكر في الكتاب (أن المس والنظر ليسا في معنى الدخول ولهذا لا يتعلق بهما فساد الصوم والإحرام ووجوب الاغتسال) وكل ما ليس في معنى الدخول لا يلحق بالدخول ، لأن الملحق لا بد وأن يكون في معنى الملحق ولنا أن المس والنظر سبب دأع إلى الوطء) والسبب الدأع إلى الشيء يقام مقامه في موضع الاحتياط ، وهذا لأننا وجدنا لصاحب الشرع مزيد اعتناء في حرمة الأضياع ؛ ألا ترى أنه أقام شبهة البضعية بسبب الرضاع مقام حقيقتها في إثبات الحرمة دون سائر الأحكام من التوارث ومنع وضع الزكاة ومنع قبول الشهادة فأقمنا السبب للدأع مقام المدعى احتياطاً ، وفساد الصوم والإحرام ووجوب الاغتسال ليس من باب حرمة الأضياع حتى يقوم السبب فيه مقام الوطء . ونوقض بأن ما ذكرتم إن كان صحيحاً قام بالنظر إلى جمال المرأة مقام الوطء في ثبوت الحرمة لكونه سبباً دأعاً إليه : والجواب أن النظر إلى الفرج المحرم هو ما يكون نظراً إلى داخل الفرج بأن كانت متكفة وهو لا يصلح إلا في الملك ، والظاهر من ذلك أنها لا تكون على هذه الحالة إلا في خلوة عن الأجانب ، فانظر بعد هذا في أن النظر إلى الجمال في الحلال في الملك وغيره بخلافه وملا هل يكون دأعاً إلى الوطء دعوة النظر إليه أولاً ؟ لا أراك قاتلاً بملك إلا مكلباً . وعرف المس بشهوة بأن تنتشر الآلة : يعني إذا لم تكن منتشرة قبل النظر والمس (أو ترداد انتشاراً) إذا كانت منتشرة قبل ذلك . وقوله (هو الصحيح) احتراز عن قول كثير من المشايخ قال في النخبة : ذكر كثير من المشايخ لم يشترطوا الانتشار ، وجعلوا حصة الشهوة أن يميل قلبه إليها ويشهوى جماعها ، واختار المصنف قول جنس الأئمة السرخسي وشيخ الإسلام . قال في النهاية : هذا إذا كان شاباً قادراً على الجماع ؛ فإن كان شيخاً أو عقيماً فسد الشهوة أن يحرك قلبه بالاشتهاه إن لم يكن متحركاً قبل ذلك أو يزداد الاشتهاه إن كان متحركاً وهذا إقراط . وكان القبيح محمد بن مقاتل الرازي لا يجبر تحرك القلب وإنما يعتبر تحرك الآلة ، وكان

والمعتبر النظر إلى الفرج الداخل ولا يتحقق ذلك إلا عند اتكاها ، ولو مس فأنزّل فقد قيل إنه يوجب الحرمة ، والصحيح أنه لا يوجبها لأنه بالإتزال تبين أنه غير مقص إلى الوطء ، وعلى هذا إتيان المرأة في الدبر

بها لا يوجب حرمة المصاهرة عند الشافعي (قوله والمعتبر النظر إلى الفرج الداخل) وعن أبي يوسف : النظر إلى منابت الشعر حرم . وقال محمد : أن ينظر إلى الشق . وجه ظاهر الرواية أن هذا حكم يتعلق بالفرج ، والداخل فرج من كل وجه ، والخارج فرج من وجه ، وأن الاحتراز عن النظر إلى الفرج الخارج متعذر فسقط اعتباره . اهـ . وللقائل أن يمنع الثاني ويقول في الأول : قد تقدم للمصنف في فصل الفسل من أول الكتاب ما إذا نقل نظيره إلى هنا كان هذا التعليل موجبا للحرمة بالنظر إلى الخارج وهو قوله : ولنا أنه متى وجب الفسل من وجه فالاحتياط في الإيجاب والموضع الذي نحن فيه موضع الاحتياط . وقد يجاب بأن نفس هذا الحكم وهو التحريم بالمس ثبوته بالاحتياط فلا يجب الاحتياط في الاحتياط .

[فروع] النظر من وراء الزجاج إلى الفرج حرم ، بخلاف النظر في المرأة . ولو كانت في الماء فنظر فيه فرأى فرجها فيه ثبتت الحرمة ، ولو كانت على الشط فنظر في الماء فرأى فرجها لا يحرم ، كأن العلة والله أعلم أن المرئي في المرأة مثاله لا هو . وبهذا علوا الحث فيما إذا حلف لا ينظر إلى وجه فلان فنظره في المرأة أو الماء ، وعلى هذا فالتحريم به من وراء الزجاج بناء على تقوّد البصر منه فيرى نفس المرئي ، بخلاف المرأة والماء ، وهذا ينفي كون الإحصار من المرأة ومن الماء بواسطة انعكاس الأشعة وإلا لرآه بعينه بل بانطباع مثل الصورة فيها ، بخلاف المرئي في الماء لأن البصر يتقدّم فيه إذا كان صافيا فيرى نفس مافيه ، وإن كان لا يراه على الوجه الذي هو عليه ، ولهذا كان له اختيار إذا اشترى سمكة رآها في ماء بحيث توخّلت منه بلا حيلة وتحقيق سبب اختلاف المرئي فيه في فن آخر . ثم شرط الحرمة بالنظر أو المس أن لا ينزل ، فإن أنزل قال الأزجندى وغيره : ثبت لأن بمجرد المس بشهوة ثبتت الحرمة ، والإتزال لا يوجب رفعها بعد الثبوت ، واختار لا يثبت كقول المصنف وخمس الأئمة واليزدوي بناء على أن الأمر موقوف حال المس إلى ظهور عاقبته إن ظهر أنه لم ينزل حرمت وإلا لا ، والاستدلال واضح في الكتاب إلا أن إقامة السبب إذا نيط الحكم بالسبب إنما تكون لغفاء السبب ، وإلا فهو تعليق بغير المناط لغير حاجة ، والأولى ادعاء كون المناط شرعا نفس الاستمتاع بمحل الولد بالنظر واللمس نظرا إلى أن الآثار جاءت بالحرمة في المس ونحوه . وقد روي في الغاية السمعانية حديث أم هانئ عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « من نظر إلى فرج امرأة بشهوة حرمت عليه أمها وابتها » وفي الحديث « ملعون من نظر إلى فرج امرأة وابتها » وعن عمر : أنه جرد جارية ونظر إليها ثم استوهبها منه بعض بنيه فقال : أما إنها لا تحمل لك . وهذا إن تم كان دليل أبي يوسف في كون النظر إلى منابت الشعر كافيا . وعن ابن عمر قال : إذا جامع الرجل المرأة أو قبلها أو لمسها

لا يفتي بشيوت الحرمة في الشيخ الكبير والعين التي ماتت شهوته حتى لم يتحرك عضوه بالملاسة وهو أقرب إلى الفقه . وقوله (والمعتبر النظر) ظاهر (ولو مس فأنزّل فقد قيل يوجب الحرمة) وبه كان يفتي شيخ الإسلام الأزجندى . ووجهه أن مجرد المس بشهوة يثبت الحرمة ، فهذه الزيادة إن كانت لا توجب زيادة الحرمة لا توجب عزلها . والذي اختاره المصنف في الكتاب هو اختيار خمس الأئمة السرخسي والإمام فخر الإسلام . وقد نص محمد في باب إتيان المرأة في غير ماأها من الزيادات أن الجماع في الدبر لا يثبت حرمة المصاهرة ، وكذا النظر إلى موضع الجماع من الدبر بشهوة (وهذا أصح لما تبين أنه) أي المس (بالإتزال غير مقص إلى الوطء) والمس

(وإذا طلق امرأة طلاقاً بائناً أوجعاً لم يحز له أن يتزوج بأختها حتى تنقضي عدتها) وقال الشافعي رحمه الله : إن كانت العدة عن طلاق بائن أو ثلاث يجوز لانقطاع النكاح بالكلية إعمالاً للقاطع ، ولهذا لو وطئها مع العلم بالحرمية يجب الحد . ولنا أن نكاح الأولى قائم لبقاء بعض أحكامه كالنفقة والمنع والفرش والقاطع فأخبر عنه

بشهوة أو نظر إلى فرجها بشهوة حرمت على أبيه وابنه وحرمت عليه أمها وابنتها . وعن مسروق أنه قال : يبيعوا جاريته هذه ، أما إن لم أصب منها إلا ما عيرتها على ولنتى من المس والقبلة (قوله لم يحز له أن يتزوج بأختها حتى تنقضي عدتها) وفي الميسوط : لا تتزوج المرأة في عدة أنفها من نكاح فاسد أو جائز عن طلاق بائن (وقال الشافعي : إن كانت العدة عن طلاق بائن جاز) وظل هذا الخلاف تزوج أربع سوى المعتدة عن بائن ، ويقولون قال مالك ، ويقولون قال أحمد وهو قول علي وابن مسعود وابن عباس ، ذكره سليمان بن يسار عنهم ، وبه قال سعيد بن المسيب وعبيدة السلماني ومجاهد والثوري والشافعي ، وروى مذهبه عن زيد بن ثابت إلا أن أبا يوسف ذكر في الأمالي رجوع زيد عن هذا القول ، وكلنا ذكره الطحاوي . حكى أن مروان شاور الصحابة في هذا فاتفقوا على التضييق بينهما ، وبخالفهم زيد ثم رجع إلى قولهم . وقال عبيدة : ما اجتمع أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم على شيء كاجتماعهم على تحريم نكاح الأخت في عدة الأنثى والخافضة على أربع قبل الظهر . ثم إن محل النزاع يتجاذبه أعلان : الطلاق الرجعي ، وما بعد انقضاء العدة ، ففاس البائن على الثاني يجمع انقطاع النكاح إعمالاً للقاطع وهو الطلاق البائن . ويدل على انقطاعه أنه لو وطئها علناً بالحرمية حد . وقسنا على الأرك يجمع قيام النكاح بناء على منع انقطاعه بالكلية ، وهذا لأنه ليس معنى قولنا النكاح قائم حال قيام العصمة والزوجة فضلاً عن حالة وقوع الطلاق الرجعي إلا قيام أحكامه ، لأن لفظ تزوجت وزوجت ثلاثي بمجرد انقضائه ، فقيامه بعده ليس إلا قيام حكمه الراجع إلى الاختصاص استمتاعاً وإمساكاً ، وقد بقي الإمساك والفرش في حق ثبوت النسب حال قيام عدة البائن فيبني النكاح من وجه ، وإذا كان قائماً من وجه حرم تزوج أنفها وأربع سواها من وجه فتحرم مطلقاً إلحاقاً بالرجعي أو بما لا يخص من الأصول التي اجتمع فيها جهتها تحريم وإباحة مع وجوب الاحتياط في أمر الفروج ، ويخص تزوج الأخت في عدة الأخت دلالة النص المنع من الجمع بين الأخنتين ، فإنه علل فيه بالقطعية وهي هنا أظهر وأزهر ، فإن مواصلة أنفها في حال جنسها بلا استمتاع أغبط لما من مواصلة مع مشاركتها في المنعة . والفرع المستدل به على الانقطاع بالكلية ممنوع ، فإن الحد لا يجب على إشارة كتاب الطلاق حيث قال فيه : معتدة عن طلاق ثلاث جاءت بولد لأكثر من سنتين من يوم طلقها زوجها لم يكن الولد

المقتضى إليه هو المحرم ، ومعنى قولهم للمس بشهوة لا يوجب الحرمة بالإزال : هو أن الحرمة عند ابتداء المس بشهوة كان حكمها موقوفاً إلى أن تبين بالإزال ، فإن أزيل لم تثبت ولا لا تثبت ، لا أن يكون معناه أن حرمه المصاهرة تثبت بالمس ، ثم بالإزال سقط ما ثبت من الحرمة لأن موجب المصاهرة إذا ثبت لا يسقط أبداً . قال (وإذا طلق امرأته طلاقاً بائناً أوجعاً لم يحز له أن يتزوج بأختها حتى تنقضي عدتها . وقال الشافعي : إن كانت العدة عن طلاق بائن) كالطلاق على مال . (أو ثلاث جاز لانقطاع النكاح بالكلية) لأن القاطع وهو الطلاق موجود على الكمال إذ ليس فيه شائبة الرجوع فلا بد من إعماله ، وإعمال القاطع الكامل يقتضي القطع بالكلية ليثبت الحكم بقدر دليله (ولهذا لو وطئها مع العلم بالحرمية وجب الحد . ولنا) أننا لانسلم انقطاع النكاح بالكلية ، فإن (النكاح الأول قائم لبقاء بعض أحكامه كالنفقة والمنع) عن الفروج (والفرش) وهو صبرورة المرأة بحال لو جاءت بولد

ولهذا بقي القيد ، والحد لا يجب على إشارة كتاب الطلاق ، وعلى عبارة كتاب الخلود يجب لأن الملك قد زال في حق الملك فيتحقق الزنا ولم يرتفع في حق ما ذكرنا فيصير جامعا

لزوج إذا أنكره . ففيه دليل على أنه لو ادعى نسيه ثبت ، ويستلزم أن الوطء في عدة الثلاث ليس زنا مستعيبا لوجوب الحد وإلا لم يثبت نسيه ، فكان ذلك رواية في عدم الحد ، وإن سلم كما في عبارة كتاب الخلود فغاية ما يفيد انقطاع الحل بالكلية وقد قلنا به على ما ستسمعه . وإنما قلنا : إن أثر النكاح قائم من وجه وبه يقوم هو من وجه ١ وبه تحرم الأخت من وجه وبه تحرم مطلقا . وفي المذهب جواز نكاح الأخت في عدة الأخت يؤدي إلى جمع ماله في رحم أختين يجوز العلوق بعد النكاح ، ويثبت في المعتدة النسب إلى ستين وهو ممتنع بالحديث ٢ . يعني قوله صلى الله عليه وسلم « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يضمن » ماله في رحم أختين ، ومثله لو علقت المطلقة قبل الطلاق ثم دخل بأختها بعده يلزم ما ذكر أيضا .

[فروع : الأول] إذا أخبر المطلق عن المطلقة أنها أخبرته أن عدتها انقضت فلما تحتمله المدة أولا ، لا يصح نكاحه أختها في الثاني لأنه لا يقبل قولها ولا قوله إلا أن يفسره بما هو محتمل من إسقاط سقط مستبين الخلق . وفي الأول يصح نكاحه أختها سواء سككت الخبر عنها أو صدقته أو كذبت أو كانت غائبة . وقال زفر : إذا كذبت لا يصح نكاحه أختها لأنها أمانة وقد قبل تكليها حتى استمرت تفقها وثبت نسب ولدها إذا أتت به . ومن ضرورة ثبوت النسب والتفقه القول بقيام العدة وهو يستلزم بطلان النكاح . ولنا أنه أخبر عن أمر ديني بينه وبين الله تعالى وهو محتمل فيجب قبوله في الحال وتكليها لا ينفع إلا في حقها قلنا ببقاء التفقة ، بخلاف نكاح الأخت لاحق لما فيه فلا تقبل فيه ، ولا يستلزم الحكم بالتفقة الحكم شرعا بقيام العدة والفراش كالأختين المملوكتين ، بخلاف ما إذا ولدت فإن من ضرورة القضاء بنسبه الحكم بإسناد العلوق فيثبت بكدبه ، ثم قال في الأصل هنا إن مات لم تره وكان الميراث للأخرى . وذكر في كتاب الطلاق أن الميراث للأولى دون الأخرى ، ولكن وضع المسألة فيها إذا كان مريضا حين قال أخبرته أن عدتها انقضت وكذبت ، وإنما يتحقق اختلاف الروايات في حكم الميراث إذا كان الطلاق رجعيا ، فأما البائن وهو في الصحة فلا ميراث للأولى وإن لم يخبر الزوج بها . وفي كتاب الطلاق لما وضع المسألة في المريض وكان قد تعلق حقا بماله لم يقبل قوله في إبطال حقا كما في تفقها وهنا وضعها في الصحيح ولا حق لها في ماله فكان قوله مقبولا في إبطال ميراثها . توضيحه أن بقوله ذلك أخبر أن الواقع .

ثبت نسيه منه فإن هذه كذلك مادامت في العدة لا تزاع في بقاء هذه الأحكام سوى التفقة ولا في كونها مرتبة على النكاح ، فلو لم يكن النكاح قائما حال العدة تخلف الحكم من علته وهو باطل ، وإذا كان النكاح قائما كان عمل القاطع متأخرا كما في الطلاق الرجعي ولهذا بقي القيد ، فلو جاز نكاح الأخت في العدة لزم الجمع بين الأختين وهو حرام . وقوله (والحد لا يجب) جواب عن قوله ولهذا لو وطئها مع العلم بالحرمه وجب الحد . ووجهه أنا لا نسلم وجوبه على إشارة كتاب الطلاق . قال : معتدة عن طلاق ثلاث جازت بولد لأكثر من ستين من يوم طلقها زوجها لم يكن الولد للزوج إذا أنكره ، ففي قوله لا يثبت نسيه منه إذا أنكره دليل على أنه لو ادعى ثبت نسيه منه

(قوله كما في الطلاق الرجعي ولهذا بقي القيد) أقوله : حتى لا يجوز هذا أن تزوج بغيره .

(١) قوله (وبه يقوم هو من وجه) سقطت هذه الجملة من بعض النسخ وتصرح كتبه مصححه .

(ولا يتزوج المولى أمته ولا المرأة عبدا). لأن النكاح ماضع إلا مشمرا ثمرات مشتركة بين المتناكحين ،

يعني الطلاق صابرا ، فكانه أبانها في صحتها فلا ميراث لها ، ولو أبانها في مرضه كان لها الميراث . وقيل هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف لأن عندهما يجوز جعل الرجعي بائنا خلافا لعمد ، ومنى كان الميراث للأول فلا ميراث للثانية . الثاني : لو أعتق أم ولده لم يحل له تزوج أختها حتى تنقضي عدتها ويحل أربع سواها عنده ، وعندها يحل الأخت أيضا قياسا على تزوج الأربع ، ولأن حقيقة الملك لم تمنع فكيف بالعدة وإنما هي أثره ، وأبو حنيفة يفرق بضعف الفراش قبل العلق وقوته بعده ، ألا ترى أنه كان يتمكن من تزوجها قبله لا بعده حتى تنقضي ، فلو تزوج أختها بعد العلق كان مستلحقا نسب ولدى أختين في زمان واحد وهو لا يجوز وهذا مفقود في الأربع سواها ، إذ غاية أنه جمع بين فرش الخمس ولا بأس به . الثالث : لزوج المرتدة إذا لحقت بدار الحرب تزوج أختها قبل انقضاء عدتها كما إذا ماتت لأنه لأعدة عليها من المسلم للباين ، فإن عادت مسلمة فلها بعد تزوج الأخت أو قبله ، في الأول لا يفسد نكاح الأخت لعدم عود العدة ، وعند أبي يوسف تعود العدة ، وفي إبطال نكاح أختها عنه روايتان ، وفي الثاني كذلك عند أبي حنيفة لأن العدة بعد سقوطها لا تعود بلا سبب جديد ، وعندها ليس له تزوج الأخت وعودها مسلمة يصير شرعا لحاقها كالفنية ، ألا ترى أنه يعاد إليها ما لها فعود معتدة (قوله ولا يتزوج المولى أمته) ولو ملك بضعها (ولا المرأة عبدا) وإن لم تملك سوى مهم واحد منه . وقد حكى في شرح الكنز الإجماع على بطلانه ، وحكى غيره فيه خلاف الظاهرية (قوله لأن النكاح ماضع إلا مشمرا ثمرات مشتركة بين المتناكحين) أي في الملك منها ما يخص هي بملكه كالنفقة والسكنى والقبض والممنع من العزل إلا بإذنها ، ومنها ما يخص هو بملكه كوجوب التكنين والقرار في المنزل والتحصين

فيه إشارة إلى أن الوطء في العدة من طلاق ثلاث لا يكون زنا . إذ لو كان زنا لما ثبت به النسب وإن ادعى : ولئن سلمنا ذلك بناء على ما يدل عليه عبارة كتاب الحدود وهي ما قال : إن من طلق امرأته ثلاثا ثم وطئها في العدة يجب عليه الحد إذا لم يدع الشبهة فلذلك باعتبار أن الملك في حق الحل قد زال فيتحقق الزنا لو وقع الوطء في غير الملك ، ولم يزل في حق ما ذكرنا من النفقة والمنع والفراش لأنها قد انقضت على بقاء المنع من الخروج والفراش ، ولم يكن ذلك إلا باعتبار الحكم بقيام النكاح فقلنا بقيامه في حق الزوج بالأخت احتياطا في التفادي عن الجمع بين الأختين . قال (ولا يتزوج المولى أمته ولا المرأة عبدا) خلافا لثقة القياس ، استدلوا بقوله تعالى - فأنكحوا ما طاب لكم من النساء - وقوله تعالى - فما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات - (ولنا أن النكاح ماضع إلا مشمرا ثمرات مشتركة بين المتناكحين) يعني أنه كما يجب للزوج على الزوجة حتى يقضى مالكية الزوج عليها كطلب تمكيتها من وطئها ودواعيه شرعا والمنع عن الخروج والبروز والتحصين ، فكل ذلك يجب لها عليه حتى يقضى مالكيها عليه كطلب النفقة والكسوة جبرا والسكنى والقسم والمنع من العزل والقيام بمصالحها الراجعة إلى الزوجية ، فكان النكاح مشروعا لإيجاب هذه الثمرات المشتركة بينهما ، فكان كل واحد منهما مالكا ومملوكا ، وبينهما منافاة لأن

(قال المصنف : ولا يتزوج المولى أمته ولا المرأة عبدا) أقول : قال السروجي فخره : لأن مقضى الزوجية قيام الرجل على المرأة بالحفظ والصون والتأديب لإصلاح الأخلاق ، قال الله تعالى - الرجال قوامون على النساء - والابترقاق يقتضى قهر السادات لغيره بالاستيلاء والاستهانة فيعلم أن تكون زوجة لغيرها وسيدة لتتلى الهابين اه . ونحن نقول : ما ذكره بالحقيقة تفصيل ما أجله المصنف (قوله استدلوا) بقوله تعالى - إلى قوله - وقوله تعالى في سورة النساء (قوله لإيجاب هذه الثمرات المشتركة بينهما) إلى قوله : وبينهما منافاة) أقول : لا يخفى عليك ما في تقريره من الخلل حيث يلزم منه أن لا يضر النكاح ثمرات مشتركة بينهما لاستمراره الجمع بين

والمملوكية تنافي المالكية فيمتنع وقوع الثرة على الشركة (ويجوز تزويج الكتايات) لقوله تعالى . والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب . أي العتائف ،

عن غيره ، ومنها ما يكون الملك في كل منهما مشتركا كالاستمتاع بجامعة ومباشرة والولد في حق الإضافة (والمملوكية تنافي المالكية) فقد نافت لأزم عقد النكاح ومناق اللازم متاف للمزوم . ولا وجه إذا تأملت بعد هذا التقرير للسؤال القائل يجوز كونها مملوكة من وجه الرق مائة من جهة النكاح لأن الفرض أن لازم النكاح ملك كل واحد لما ذكرنا من تلك الأمور على الخلو والرق يمنعه من غير النفقة فتافاه . ولو اشترت زوجها أو شيئا منه فسد النكاح ويسقط المهر ، كما لو دأب عبدا ثم اشتراه سقط الدين لأنه لا يثبت للمولى على عبده دين (قوله ويجوز تزويج الكتايات) والأولى أن لا يفعل ولا يأكل فيحتمل إلا للضرورة . وتكره الكتاية الحرية إجماعا لانفتاح

المالكية تقتضي القاهرية والمملوكية تقتضي المفهومية ولا خفاء في التنافي بينهما . واعترض بأنهما من جهتين مختلفتين ، ولا تنافي حيثئذ . وأجيب بمنع اختلاف الجهة بأن كون المرأة مائة لجميع أجزائها إنما هو بالنسبة إلى العبد ، وكونها مملوكة أيضا إنما هو بالنسبة إلى العبد فلم تختلف الجهة . ولقائل أن يقول : المرأة بجميع أجزائها مائة للعبد بجميع أجزائه وليست بمائة لمنافع بضعه ، فجواز أن يملك العبد بالنكاح على سيده منافع بضعها لأن النكاح عقد على ملك منافع البضع وهو لم يكن من حيث منافع بضعه مملوكا ، ولا المولاة من حيث منافع بضعها مائة بل من حيث أجزائها فاختلقت الجهة وانفي التنافي . والجواب أنا لا نسلم أنها لا تملك منافع بضعها فلها تقدر على إتلافه بالإخصاء والجلب من غير ضمان يلحقها ، فكان العبد مملوكا من حيث فرضته مالكا فاعتدت الجهة وتحقق التنافي . وأما الجواب عما استدلل به نقاة القياس من الآية فيأبى يعارضها قوله تعالى . وأنكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم . مخاطب الله تعالى المولى بإنكاح الإماء لا بنكاحهن . فإن قيل : الآية ساكتة عن بيان نكاحهن والساكت ليس بجواب . فالجواب أن الموضوع موضع بيان ما يمتنعن إليه من أمر النكاح ، والسكوت عن البيان في موضع الحاجة إلى البيان بيان (ويجوز تزويج الكتايات لقوله تعالى . والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب) قال المصنف (أي العتائف) فسر بذلك احترازاً عن قول ابن عمر فإنه فسرها بالمسلمات ، وليست

المتناتين ، والأول أن يقول : فلو صح نكاح السيد أمته والسيدة فبيها لكان المملوك المخصى لنفسه مالكا له ، وبينهما منازلة للقيام . فإن قلت : يمتنع في النكاح من هذا ؟ قلنا : باختلاف الجهتين ، فإنه ظاهر فيه ، ولا يمكن أن يرتكب ذلك في العبد وسيدته لأن العبد مقهور على الرق فلا يمكن أن يكون قاهرا قليلا (قوله واعترض بأنهما من جهتين مختلفتين) أقول : لأن كونها مائة بجهة ملك الميم وكونها مملوكة بجهة ملك المتعة (قوله والجواب أنا لا نسلم أنها لا تملك منافع بضعه الخ) أقول : فيه بحث ، فلها لو كانت مائة منافع بضعه لما لها أن تمكن نفسها من عبدا حتى يطأها ، والمثل فيما ذكره هو الجزء نفسه لا المنافع ، وكمن من شيء يبيته حسنا وبها ولا يثبت استتلا وأصالة ، هل أن ذلك ليس يصح أيضا ، فإنه يقرر في الأصول أن الرقيق ليس بمملوك في حكم الحياة ولهم بل بمنزلة الحي على أصل الحرية ولها يصح منه الإضرار بالبدن والقتصاص والسرقة للسلطنة . قال في الطوط : لأن الحياة ولهم حق لأحياء إليهما في البقاء ولها لإيلاك المولى إتلافهما اهـ (قوله فيأبى يعارضها قوله تعالى . وأنكحوا . الخ) أقول : هذه الآية في سورة النور (قوله فإن قيل : الآية ساكتة عن بيان نكاحهن الخ) أقول : غير المطلق لا يمارض المطلق على ما فصل في موضعه وهذا بعد تسليم ما ذكره ، وذلك أيضا فيه ما فيه (قال المصنف : ويجوز تزويج الكتايات) أقول : أي تزويجا ، أو المراد تزويجا من نفسه (قال المصنف : لقوله تعالى . والمحصنات . الآية) أقول : هذه الآية في سورة المائدة .

ولا فرق بين الكتابية الحرة والأمة على مائتين من بعد إن شاء الله تعالى

باب الفتنه من إمكان التعلق المستدعى للمقام معها في دار الحرب ، وتعرض الولد على التخلق بأخلاق أهل الكفر وعلى الرق بأن تسي وهي حيل فيولد رقيقا وإن كان مسلما . والكتابي من يؤمن بنبي ويقر بكتابه . والسامرية من اليهود . أما من آمن بيزورداود وصحف إبراهيم وشيث فهم أهل كتاب يحمل متاخمهم عندنا . ثم قال في المستصفي : قالوا هذا يعني الحل إذا لم يعقلوا المسيح إلها ، أما إذا اعتقدوه فلا . وفي مبسوط شيخ الإسلام : ويجب أن لا يأكلوا ذبائح حل الكتاب إذا اعتقدوا أن المسيح إله وأن عزيرا إله . ولا يتزوجوا نساعم . وقيل عليه الفتوى ، ولكن بالنظر إلى الدلائل ينبغي أن يجوز الأكل والزواج وهو موافق لما في رضاع مبسوط خمس الأئمة في الديبحة قال : ذبيحة النصراني حلال مطلقا سواء قال بثلاث ثلاثة أولا وموافق لإطلاق الكتاب هنا . والدليل وهو قوله تعالى - والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم - فسرهم بالعفاف احتراماً عن تفسير ابن عمر بالمسلمات ، ولذلك امتنع ابن عمر رضي الله عنه من تزوج الكتابية مطلقا لانزاجها في المشركة ، قال تعالى - وقالت اليهود عزير ابن الله وقالت النصارى المسيح ابن الله - إلى أن قال - سبحانه عما يشركون - فلنا : وقد قيل إن القائل بذلك طائفتان من اليهود والنصارى انقضوا لأكلمهم ويهود ديارنا يصرون بالتزويج عن ذلك والوحيد . وأما النصارى فلم أر إلا من يصرح بالإبنية قبحهم الله ، لكن هذا يوجب نصرة الملعب المفضل في أهل الكتاب ، فأما من أطلق حلهم فيقول مطلق لفظ المشرك إذا ذكر في لسان الشارع فلا ينصرف إلى أهل الكتاب وإن صح لغة في طائفة بل وطوائف ، وأطلق لفظ الفعل : أعني يشركون على فعلهم ، كما أن من راعى عمله من المسلمين فلم يعمل إلا لأجل زيد يصح في حقه أنه مشرك لغة ، ولا يتبادر عند إطلاق الشارع لفظ المشرك لإرادته لما عهد من إرادته به من عهد مع الله فيه من لا يدعي اتباع نبي ولا كتاب ولذلك عطفهم عليه في قوله تعالى - لم يكن الذين كفروا من أهل الكتاب والمشركين مثقين - ونصص على حلهم بقوله تعالى - والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم - أي العفاف منهن . وتفسير المحصنات بالمسلمات يفيد أن المعنى ، أحل لكم المسلمات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم ، فإن كن قد انقضضن فلا فائدة ، إذ لا يتصور الخطاب بحل الأنوات للمخاطبين الأحياء ، وإن كن أحياء ودخلن في دين بنيدينا وثبتنا محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم فالحل حينئذ معلوم من حكم المسلمات المعلوم بالضرورة من الدين ، بل ويدخل في المحصنات المعطوف عليه وهو قوله تعالى - والمحصنات من المؤمنات - ثم يصير المعنى فيه والمسلمات من المؤمنات وهو بعيد في عرف استعمالم بخلاف تفسيره بالعفاف . ثم المراد من ذكره حث الإنسان على التحير لطافته ، ألا ترى أن العفة ليست شرطا في المؤمنات اتفاقا وإن لم يدخلن فهو عين الدليل حيث أبيح نكاح الكتابيات الباقيات على ملتهن ، ولو سلم فهم منسوخة ، أعني - ولا تنكحوا المشركات - نسخت في حق أهل الكتاب المثنتين وغيرهم بأية المائلة وبقي من سوام تحت المنع ، ذكره جماعة من أهل التفسير لأن سورة المائدة كلها لم يفسخ منها شيء قط ، على أن تفسير المحصنات

العفة شرطا لحوالز النكاح وإنما ذكرها بناء على العادة بدلالة الفرض . ووجه الاستدلال أن الله تعالى قال - اليوم أحل لكم الطيبات ، وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم ، والمحصنات من المؤمنات والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم - أي وأحل لكم المحصنات ، والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب فلا خطاء في دلالة على الحل (ولا فرق بين الكتابية الحرة والأمة على مائتين من بعد) يعني يهد أسطر حيث قال : ويجوز تزويج

(ولا يجوز تزويج المحوسيات لقوله صلى الله عليه وسلم «سئوا بهم سنة أهل الكتاب غير ناكحي نسائهم

بالمسلمات ليس من اللغة بل هو تفسير لإرادة لالفة . ويدل على الحل تزويج بعض الصحابة منهم وخطبة بعضهم ، فن المتزوجين حليفة وطلحة وكعب بن مالك وغضب عمر فقالوا نطلق يا أمير المؤمنين ، وإنما كان غضبه لخلطة الكافرة بالمؤمن وخوف الفتنة على الولد لأنه في صفره أزم لأمه ، ومثله قول مالك تصير تشرب الخمر وهو يقبل ويضاحج لا لعدم الحل ، ألا ترى إلى قولهم نطلق يا أمير المؤمنين ولم ينكر عليهم ذلك هو ولا غيره ، ولو لم يصح لم يتصور طلاق حقيقة ولا وقف إلى زمنه . وخطب المغيرة بن شعبة هذا بنت النعمان بن المنذر وكانت تنصرت وديرها باق إلى اليوم بظاهر الكوفة وكانت قد عميت فأبّت وقالت : أرى رغبة لشيخ أعور في عجز عمياء ؟ ولكن أردت أن تتخبر بنكاحي فتقول تزوجت بنت النعمان بن المنذر ، فقال : صدقت ، وأنشأ يقول :

أدركت مامنيت فمضى خاليا لله حرّك يا ابنة النعمان

فلقد رددت على المغيرة ذهته إن الملوك ذكية الأذهان

وكانت بعد ذلك تدخل عليه فيكرهها ويسألها عن حالها ، فقالت في أبيات :

فيما نسوس الناس والأمر أمرنا إذا نحن فيهم سوقة تتنصف

فأفّ لدنيا لا يلوم نعيمها تقلب تارات . بنا وتصرف

قولها تتنصف : أى تستخدم ، والتنصف الخادم ، فإذا كان الأمر على ما قررناه فلا جرم أن ذهب عامة المقربين إلى تفسير المحصنات بالعفاف ، ثم ليست العفة شرطاً بل هو للعادة أو لتب أن لا يتزوجوا غيرهن كما أشرنا إليه آنفاً . والأئمة الأربعة على حل الكتائية الحرة ، وأما الأئمة الكتائية فكل ذلك عندنا وسياق الخلاف فيها (قوله ولا يجوز تزويج المحوسيات) عليه الأربعة ، ونقل الجواز عن داود وأبي ثور ، ونقله إصحاق في تفسيره عن علي رضي الله عنه بناء على أنهم من أهل الكتاب فواقع ملكهم أخته ولم ينكروا عليه فأمرى بكتابهم ففسوه ، وليس هذا الكلام بشيء ، لأننا نفى بالمجوس عبدة النار ، فكونهم كان لهم كتاب أولاً لا أثر له . فإن الحاصل أنهم الآن داخلون في المشركين وبهذا يستغنى عن منع كونهم من أهل الكتاب بأنه يخالف قوله تعالى - إنما أنزل الكتاب على طائفتين من قبلنا - من غير تعقيب بإنكار ، وعدمهم المجوس يقتضى أنهم ثلاث طوائف ، وبتقدير التسليم فيالرفع والنيان أخرجا عن كونهم أهل كتاب يدل على إخراجهم الحديث المذكور وهو ما أخرجه عبد الرزاق وابن أبي شيبة عن قيس بن مسلم عن الحسن بن محمد بن علي «أن النبي صلى الله عليه وسلم كتب إلى مجوس هجر يعرض عليهم الإسلام ، فمن أسلم قبل منه ومن لم يسلم ضربت عليه الجزية غير ناكحي نسائهم ولا آكل ذبائحهم » . قال ابن القطان : هو مرسل ، ومع إرساله فيه قيس بن مسلم وهو ابن الربيع وقد اختلف فيه وهو بمن ساء حفظه بالقضاء . ورواه ابن سعد في الطبقات من طريق ليس فيها قيس عن عبد الله بن عمرو بن العاص «أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب إلى مجوس هجر» الحديث ، إلى أن قال «بأن لا تنكح نسائهم ولا

الأمه . (ولا يجوز تزويج المحوسيات لقوله عليه الصلاة والسلام «سئوا بهم سنة أهل الكتاب ») أى اسلكوا بهم طريقهم : يعنى عاملوهم معاملة هؤلاء في إعطاء الأمان بأنط الجزية منهم ، رواه عبد الرحمن بن عوف رضي

ولا آكل ذبائحهم ، قال (ولا الوثنيات) لقوله تعالى - ولا تتكفروا للمشركين حتى يؤمنوا .

توكل ذبائحهم . وفي مسنده الواقدي . وروى مالك في موطنه عن جعفر بن محمد عن أبيه أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه ذكر الجوس فقال : ما أدرى ما أصنع في أمرهم ، فقال عبد الرحمن بن عوف : أشهد لسمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « سنا بهم سنة أهل الكتاب » هـ . وسبقنا باقي ما فيه من الكلام في باب الجزية إن شاء الله تعالى (قوله ولا الوثنيات) وهو بالإجماع والنص ، ويدخل في عبدة الأوثان عبدة الشمس والنجوم والصور التي استحسنوها والمطلة والزنادقة والباطنية والإباحية . وفي شرح الوجيز : وكل مذهب يكثر به معتقده لأن اسم المشرك يتناولهم جميعا . وقال الرستغني : لا يجوز المتناكحة بين أهل السنة والاعتزال والفضل ولا من قال أنا مؤمن إن شاء الله لأنه كافر ، ومقتضاه منع تناكحة الشافعية ، واختلف فيها هكذا ، قيل يجوز ، وقيل يزوج بهم ولا يزوجهم بنته . ولا يخفى أن من لقى أنا مؤمن إن شاء الله تعالى فلما يريد إيمان المرافاة صرحوا به : يعنون الذي يقبض عليه العبد لأنه إخبار عن نفسه بفعل في المستقبل أو استصحابه إليه فيمتلئ به قوله تعالى - ولا تقولن لشيء إني فاعل ذلك غدا إلا أن يشاء الله - وعلى هذا فيكون قوله إن شاء الله شرطا لا كما يقال إنه مجرد التبرك ، وكيف كان لا يقتضي ذلك كفره غير أنه عندنا خلاف الأولى ، لأن تعويد النفس بالجزم في مثله ليصير ملكة خير من إدخال أداة الردد في أنه هل يكون مؤمنا عند المرافاة أولا : وأما المعتزلة فقتضى الوجه حل متناكحتهم لأن الحق عدم تكثير أهل القبلة وإن وقع إلزاما في المباحث ، بخلاف من خالف القواطع المعلومة بالضرورة من الدين مثل القائل بقدم العلم ونفى العلم بالجزئيات على ما صرح به المحققون ، وأقول : وكذا القول بالإيجاب بالذات ونفى الاختيار :

الله عنه (ولا) يجوز ترويح (الوثنيات لقوله تعالى - ولا تتكفروا للمشركين حتى يؤمنوا -) وهو بضمومه ي تناول الوثنية وهي من تعبد الصنم وغيرها . واعترض بأن أهل الكتاب مشركون ، قال الله تعالى - وقالت اليهود عزير ابن الله ، وقالت النصارى المسيح ابن الله - إلى قوله - سبحانه عما يشركون - وقد ذكر في التيسير والكشاف أن اسم أهل الشرك يقع على أهل الكتاب فيكونون داخلين تحت المشركين وذلك يقتضي جزم جواز نكاح الكافيات ، وقد بين المصنف جوازه مستدلا بقوله تعالى - وللمحصنات من الذين أوتوا الكتاب - والجواب أن الله تعالى عطف المشركين على أهل الكتاب في قوله تعالى - وللمسمن من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم ومن الذين أشركوا أذى كثيرا - وفي قوله - لم يكن الذين كفروا من أهل الكتاب والمشركين - والمعطوف غير المعطوف عليه لا محالة . وقوله - عما يشركون - استعارة تصريحية تبعية ، وذلك لأنه شبه اتحادهم الأحرار والرهبان أربابا بإشراك المشركين ،

(قال المصنف : لقوله تعالى - ولا تتكفروا للمشركين - الآية) أقول : هذه الآية في سورة البقرة في الحزب الثالث من الجزء الثاني (قوله واعترض بأن أهل الكتاب مشركون ، إلى قوله : والجواب) أقول : والجواب في الكشاف بأن آية البقرة منسوخة بقوله تعالى - وللمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم - وسورة المائدة كلها ناسخة لم يفتح منها شيء قط (قوله قال الله تعالى وقالت اليهود عزير ابن الله - الآية) أقول : هذه الآية في سورة التوبة . (قوله والجواب أن الله تعالى عطف للمشركين على أهل الكتاب الخ) أقول : إنما يصار إلى إركاب الجواز في الآية لو كانت دلالة العطف على التسمية أقوى من دلالتها على الاتحاد ، مع أن قوله تعالى - إن الله لا يفرق بينك وبينه ويفرق بينك وبينه

(ويجوز تزويج الصابئات إن كانوا يؤمنون بدين نبيّ ويقرّون بكتاب) لأنهم من أهل الكتاب (وإن كانوا يعبدون الكواكب ولا كتاب لهم لم تجز منّا حكمهم) لأنهم مشركون ، واختلاف المقول فيه محمول على اشتباه ملههم ، فكل أجاب على ما وقع عنده ، وعلى هذا حل ذبيحتهم . قال (ويجوز للمحرّم والمحرمة أن يتزوجا في حالة الإحرام) وقال الشافعي رحمه الله : لا يجوز ، وتزويج الوليّ المحرم وليته على هذا الخلاف .

[فرج] يجوز المناكحة بين اليهود والنصارى والمجوس بمعنى تزوج اليهودى نصرانية أو مجوسية والمجوسى يهودية أو نصرانية لأنهم أهل ملة واحدة من حيث الكفر وإن اختلفت لمحلهم ، فصجوز منّا كحة بعضهم بعضا كأهل المذاهب من المسلمين . وأجاز سعيد بن المسيّب وعطاء وطاوس وعمر بن دينار وطء المشتركة والمجوسية بمالك الجين لورود الإطلاق في سيايا العرب كأوطاس وغيرها وهنّ مشركات . والمذهب عندها وعند عامة أهل العلم منع ذلك لقوله تعالى - ولا تتكحوا المشركات - فلما أن يراد الوطء أوكل منه ومن العقد بناء على أنه مشترك في سياق النفي أو خاص في الغم وهو ظاهر في الأمرين ، ويمكن كون سيايا أوطاس أسلمين (قوله ويجوز تزويج الصابئات إن كانوا يؤمنون بدين نبيّ ويقرّون بكتاب) وإن عظموا الكواكب كعظيم المسلم الكعبة ، بهذا فسرهم أبو حنيفة بنى عليه الحل ، وفسرهم بمعدة الكواكب فنبأ عليه الحرمة ، وقيل فيهم الطائفتان ، وقيل فيهم غير ذلك ، فلو اتفق على تفسيرهم اتفق على الحكم فيهم (قوله للمحرّم والمحرمة أن يتزوجا حالة الإحرام) وفيه خلاف الثلاثة (وتزويج الوليّ المحرم مولاته على هذا الخلاف) تمسكوا بقوله صلى الله عليه وسلم

وسرى ذلك إلى القميين ثم ترك المشبه وذكر المشبه به كما عرف في علم البيان . فإن قيل : اتخاذهم ذلك أربابا عين الشرك لاشبهه به . قلت : فيه الاستعارة التصريحية ، فإنهم لم يعلموا أربابا حقيقة وإنما كانوا يعظّمونها تعظيم الأرباب . فإن قلت : فما تقول في تأويل ابن عمر لقوله تعالى - والمحصنات من المؤمنات - باللاتي أسلمن من أهل الكتاب ؟ قلت : لسنا نأخذ به لمرأته إذا ذلك من الفائلة ، فإن غير الكتانية أيضا إذا أسلمت حلّ نكاحها ، وقد جاء عن حنيفة أنه تزوج يهودية ، وكذا عن كعب بن مالك . قال (ويجوز تزويج الصابئات إن كانوا يؤمنون بدين نبيّ) الصابئات ، من صبا : إذا خرج من الدين ، وهم قوم عدلوا عن دين اليهودية والنصرانية وعبدوا الكواكب : وذكر في الصحاح أنهم جنس من أهل الكتاب ، والتفصيل المذكور في حكمهم مبنى على هذين التفسيرين . وقوله (والخلاف المنقول فيه) يعنى بين أبي حنيفة ومالك أن أنكحهم صحيحة عنده خلافا لما (محمول على اشتباه ملههم : فكل أجاب بما وقع عنده) وقع عند أبي حنيفة أنهم من أهل الكتاب يقرمون الزبور ولا يعبدون الكواكب لكنهم يعظّمونها كتعظيمنا القبلة في الاستقبال إليها . ووقع عندها أنهم يعبدون الكواكب ولا كتاب لهم فصاروا كقبيلة الأوثان ، فإذا اختلف بينهم في الحقيقة ، لأنهم إن كانوا كما قال به أبو حنيفة جازت منّا حكمهم . عندها أيضا ، وإن كانوا كما قال فلا يجوز منّا حكمهم عنده أيضا . وحكم ذبيحتهم على هذا . قال (ويجوز تزويج المحرم والمحرمة في حالة الإحرام) وقال الشافعي لا يجوز ، وتزويج الوليّ المحرم وليته على هذا الخلاف

إن يشاء . وقوله تعالى - لقد كفر الذين قالوا إن الله ثالث ثلاثة وما من إله إلا إله واحد - يدل على أنهم مشركون ، وتقرير النهاية أوضح منه حيث قال : علم من العطف أن معنى الإشرāk صار مغلوبا فيهم ولم يلتفت لوجوده . وفي فتح القدير : اليهود من إرادة الشارع بالشرك من جحد الله غيره . عن لايدي أتباع نبيّ ولا كتاب ، ولذلك عظمهم عليهم في قوله تعالى - لم يكن الذين كفروا من أهل الكتاب - الآية (قوله فإن قلت : فما تقول في تأويل ابن عمر رضي الله عنهما) أقول : فيه بحث ، فإن تأويل ابن عمر رضي الله عنهما ليس في قوله تعالى - والمحصنات من المؤمنات - بل في قوله عز وجل - والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب - .

له قوله صلى الله عليه وسلم « لا ينكح المحرم ولا ينكح » ولنا ما روى « أنه صلى الله عليه وسلم تزوج بميمونة وهو محرم » وما رواه محمود على الوطء

ولا ينكح المحرم ولا ينكح » رواه الجماعة إلا البخارى عن أبان بن عثمان بن عفان قال: سمعت أبى عثمان بن عفان يقول: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا ينكح المحرم ولا ينكح » زاد مسلم وأبو داود في رواية « ولا ينكح » وزاد ابن حبان في صحيحه « ولا ينكح عليه » وموطأ مالك عن داود بن الحصين: « أن أبى عفان المرمى أخبره أن أباه طريقاً تزوج امرأة وهو محرم ، فرد عمر بن الخطاب نكاحه . ولنا ما رواه الأئمة الستة في كتبهم عن طلوس عن ابن عباس رضى الله عنهما قال : « تزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم ميمونة وهو محرم » زاد البخارى في جامعهم في باب عمرة القضاء في كتاب المغازى : « وبنى بها وهو حلال » وماتت بسرف وله أيضاً عنه ولم يصل سند به قال : « تزوج النبي صلى الله عليه وسلم ميمونة رضى الله عنها في عمرة القضاء » وما عن يزيد بن الأصم أنه تزوجها وهو حلال لم يبق قوة هذا فإنه لما اتفق عليه الستة . وحديث يزيد لم يخرج به البخارى ولا النسائى ، وأيضاً لا يوافق ابن عباس حفظاً وإتقاناً ، ولذا قال عمرو بن دينار للزهري : وما يبرى ابن الأصم أعراى كذا وكذا لشيء قاله أجمع له مثل ابن عباس ، وما روى عن أبى رافع « أنه صلى الله عليه وسلم تزوجها وهو حلال وبنى بها وهو حلال » وكنت أنا الرسول بينهما « لم يخرج في واحد من الصحيحين وإن روى في صحيح ابن حبان فلم يبلغ درجة الصحة ، ولذا لم يقل الترمذى فيه سوى حديث حسن . قال : ولا نعلم أحداً أسنده غير حماد عن مطر . وما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه صلى الله عليه وسلم تزوج ميمونة وهو حلال فنكر عنه لا يجوز النظر إليه بعد ما اشتهر إلى أن كان أن يبلغ اليقين عنه في خلافه . ولذا بعد أن أخرج الطبرانى ذلك عارضه بأن أخرجه عن ابن عباس رضى الله عنه من خمسة عشر طريقاً أنه تزوجها وهو محرم ، وفي لفظ « وهاجر حرمان » وقال : هذا هو الصحيح . وما أول به حديث ابن عباس بأن المعنى وهو في الحرم ، فإنه يقال أبعد إذا دخل أرض نجد ، وأحرم إذا دخل أرض الحرم بعيد . وما يعلنه حديث البخارى « تزوجها وهو محرم وبنى بها وهو حلال » والحاصل أنه قام ركن المعارضة بين حديث ابن عباس وحديث يزيد بن الأصم وأبان بن عثمان بن عفان ، وحديث ابن عباس أقوى منهما سنداً ، فإن رجحنا باعتباره كان الترجيح معنا ، ويضدده ما قال الطحاوى روى أبو عروانة عن مغيرة عن أبى القحصى عن مسروق عن عائشة رضى الله عنها قالت : « تزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم بعض نسائه وهو محرم » قال : ونفلة هذا الحديث كلهم ثقات يصحح بروايهم اهـ . وهذا الحديث أخرجه أيضاً الزبائى ، قال السهيلي : إنما أردت نكاح ميمونة ولكنها لم تسمحها ، بقوة ضبط الرواة وقههم فإن الرواة عن عثمان وغيره ليسوا كمن روى عن ابن عباس ذلك فقها وضبطاً كسعيد بن جبير وطلوس وعطاء ومجاهد وعكرمة وجابر بن زيد ، وإن تركناها تساقط للتعارض وصرنا إلى القياس فهو معنا لأنه عقد كسائر العقود التى يتلفظ بها من شراء الأمة للتسرى وغيره ، ولا يمنع شيء من العقود بسبب الإحرام ، ولو حرم لكان غايته أن يزول منزلة نفس الوطء وأثره في إضداد الحج لا في بطلان العقد نفسه . وأيضاً لو لم يصح لبطل عقد المنكحة سابقاً لظرو الإحرام لأن المتأنيق للعقد يستوى في الابتداء والبقاء كالعطائر على العقد ، وإن رجحنا من حيث المتن كان معنا لأن رواية

له ما روى عن عثمان بن عفان قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا ينكح المحرم ولا ينكح ولا ينكح » (ولنا ما روى ابن عباس « أنه صلى الله عليه وسلم تزوج ميمونة وهو محرم ») قال أبو عيسى الترمذى :

(ويجوز تزويج الأمة مسلمة كانت أو كاتبة) وقال الشافعي رحمه الله : لا يجوز للحر أن يتزوج بأمة كاتبة لأن جواز نكاح الإمام ضروري عنده لما فيه من تعريض الجزء على الرق ، وقد اندفعت الضرورة

ابن عباس رضي الله عنهما نافية ورواية يزيد مثبتة . لما عرف أن المتيث هو الذي يثبت أمراً عارضاً على الحالة الأصلية والحل الطارئ على الإحرام كذلك ، والنافي هو الملقب لأنه ينفي طروراً طارئاً ، ولا شك أن الإحرام أصل بالنسبة إلى الحل الطارئ عليه ، ثم إن له كيفيات خاصة من التجرد ورفع الصوت بالتلبية فكان نفياً من جنس ما يعرف بدليله فيعارض الإثبات فيرجح بخارج وهو زيادة قوة السند وقفه الراوي على ما تقدم . هذا بالنسبة إلى الحل اللاحق ، وأما على إرادة الحل السابق على الإحرام كما في بعض الروايات ، وأنه صلى الله عليه وسلم بعث أبا رافع موله ورجلاً من الأنصار فزوجه ميمونة بنت الحارث ورسول الله صلى الله عليه وسلم بالمدينة قبل أن يحرم ، كلها في معرفة الصحابة للمستغنى ، فابن عباس متيث وي زيد ناف ، فيرجح حديث ابن عباس ببلدات المتن لترجح المتيث على النافي ، ولو عارضه بأن كان نفي يزيد مما يعرف بدليله لأن حالة الحل تعرف أيضاً بالدليل وهي هيئة الحل فالترجيح بما قلنا من قوة السند وقفه الراوي لا بلدات المتن . وإن وقفنا لدفع التعارض فيحمل لفظ التزوج في حديث ابن الأصب على البناء بها عازاً بملاقة السببية العادية ، ويحمل قوله صلى الله عليه وسلم « لا ينكح المحرم » إما على نهى التحريم والنكاح الوطء . والمراد بالجملة الثانية التمكن من الوطء والتذكير باعتبار الشخص : أي لا تمكن المحرمة من الوطء زوجها . والعجب ممن يضعف هذا الوجه بأن التمكن من الوطء لا يسمى نكاحاً مع أن اللازم الإنكاح لا النكاح . وأما استبداده باختلاله عربية فليس بواقع لأن غاية ما فيه دخول لا الناهية على المسند للغائب وهو جائز عند المحققين وإن كان غيره أكثر ، وعلى النفي فيه التذكير وفيه ذلك التأويل ، أو على نهى الكراهية جمعاً بين الدلائل وذلك لأن المحرم في شغل عن مباشرة عقود الأنكحة لأن ذلك يوجب شغل قلبه عن الإحسان في العبادة لما فيه من خطية ومراودات ودعوة واجتماعات ويتضمن تنبيه النفس لطلب الجماع وهذا عمل قوله « ولا يخطب » ولا يلزم كونه صلى الله عليه وسلم باشر المكروه لأن المعنى المنوط به الكراهة ، وهو عليه الصلاة والسلام منزّه عنه . ولا بعد في اختلاف حكم في حقنا وحقه لاختلاف المناط فينا وفيه ، كالوصول نهائنا عنه وفعله (قوله ويجوز تزويج الأمة مسلمة كانت أو كاتبة الخ) قيد الحر غير مفيد لأن

حديث ابن عباس حسن صحيح . فإن قلت : النكاح مما يثبت به جريمة المصاهرة فيجب أن لا يجوز على المحرم قياساً على الوطء إذا كان الحديتان متراضين . قلت : إجماعاً محمولاً على الوطء : أي لا يوطأ ولا يمكن المرأة أن يوطأها كما هو فعل البعض ، وكان القياس بعد ذلك في مقابلة النص وهو فاسد (ويجوز تزويج الأمة مسلمة كانت أو كاتبة . وقال الشافعي : لا يجوز للحر أن يتزوج بأمة كاتبة لأن جواز نكاح الإمام ضروري عنده لما فيه من تعريض الجزء على الرق) إذ الولد يتبع الأم في الرق وما ثبت للضرورة بقدره بالضرورة تنفتح بالمسلمة

(قوله فإن قلت : النكاح مما يثبت به جريمة المصاهرة فيجب أن لا يجوز على المحرم قياساً على الوطء الخ) أقول : إذا نزل منزلة الوطء نفسه يكون أثره في إفساد الحج لا في بطلان العقد (قوله قلت ما رواه محمول على الوطء ، إل قوله : وهو فاسد) أقول : مع أن القياس غير صحيح والقياس الصحيح معناه أنه مقدس كسائر العقود التي يخلط بها من شراء الأمة قسري وغيره ولا يمنع شيء من العقود بسبب الإحرام . قال الإقناني : قوله ما رواه محمول على الوطء : أي لا يوطأ المحرم ولا يمكن المحرمة من نفسها لوطأ ، ولا يخطب : أي لا ينكح الوطء له . ولا يلزم أن يكون ولا ينكح بالبدل لأن المحرم يقتل المحرمة أيضاً لكونه في تأويل من يحرم أول الشخص قتالاً .

بالمسلمة ولهذا جعل طول الحرية مانعا منه . وعندنا الجواز مطلق لإطلاق المقتضى ، وفيه امتناع عن تحصیل الجزء الحر لإرقاقه وله أن لا يحصل الأصل فيكون له أن لا يحصل الوصف

الشافعي لا يميز للعبد المسلم الأمة الكتابية فكان الصواب إبداله بالمسلم . وعن مالك وأحمد كقولنا ، وعنها كقولنا . له قوله تعالى - ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات - الآية استفيد منها عدة أحكام : علم جواز نكاح الأمة مطلقا عند طول الحرية بمفهوم الشرط وعدم جواز النكاح الأمة مطلقا حين لا ضرورة من خشية العنت لقوله تعالى - ذلك لمن خشى العنت منكم - فاستنبطنا من قصر الحل على الضرورة معنى مناسبا وهو ما في نكاح الأمة من تعريض الولد على الرق الذي هو موت حكما . وعدم جواز الأمة الكتابية مطلقا بمفهوم الصفة في قوله - من فتياتكم المؤمنات - وأيضا إذا لم تجز الأمة إلا للضرورة فالضرورة تندفع بالمسلمة . وعندنا الجواز مطلق في حالة الضرورة : وعدمها في المسلمة والكتابية وعند طول الحرية وعدمه لإطلاق المقتضى من قوله تعالى - فأنكحوا ما طاب لكم من النساء - وأحل لكم ما وراء ذلكم - فلا يخرج منه شيء إلا بما يوجب التخصيص ، ولم يتنصص ما ذكرنا حجة مخروجة . أما أولا فالمفهومان : أحق مفهوم الشرط والصفة ليسا بحجة عندنا وموضعه الأصول ، وأما ثانيا فيقتدير الحجة مقتضى المفهومين علم الإباحة الثابتة عند وجود القيد المبيح . وعلم الإباحة أهم من ثبوت الحرمة أو الكراهة ، ولا دالة للأهم على إخصيصه فيجوز ثبوت الكراهة عند عدم الضرورة وعند وجود طول الحرية ، كما يجوز ثبوت الحرمة على السواء والكراهة أقل فتعينت قفلنا بها ، وبالكراهة صرح في البدائع . وأما تعليل عدم الحل عند عدم الضرورة بتعريض الولد على الرق لتثبت الحرمة بالقياس على أصول شيء أو لتعيين أحد فردى الأعم الذي هو عدم الإباحة وهو التحريم مرادا بالأعم ، فلأنه أن فيه تعريض موصوف بالحرية على الرق سلمنا استزاده للحرمة ، ولكن وجود الوصف ممنوع ، إذ ليس هنا متصنف بحرمة عرض لرق بل الوصفان من الحرية والرق يقارنان وجود الولد باعتبار أنه ، إن كانت حرة فحر أورقيقه فرفيق ، وإن أرادوا به تعريض الولد الذي سيوجد لأن يقارنه الرق في الوجود لا إرقاقه سلمنا وجوده ومنعنا تأثيره في الحرمة بل في الكراهة . ولهذا لأنه كان له أن لا يحصل الولد أصلا بنكاح الأيسة ونحوها ، فلأن يكون له أن يحصله رقيقا بعد كونه مسلما أولى ، إذ المقصود بالذات من التناسل إنما هو تكثير المقرين لله تعالى بالوحدانية والألوهية وما يجب أن يعرف له به ، وهذا ثابت بالولد المسلم ، والحرية مع ذلك كمال يرجع أكثره إلى أمر دنيوي ، وقد جاز للعبد أن يتزوج أمتين بالاتفاق مع أن فيه تعريض الولد على الرق في موضع الاستغناء عن ذلك وعدم الضرورة ، وكون العبد أبلا لأثره في ثبوت رقب الولد ، فإنه لو تزوج حرة كان ولده حرا ، والمانع إنما يعقل كونه ذات الرق لأنه هو الموجب

فلا حاجة إلى الكتابية (ولهذا) أي ولو لكونه ضروريا عنده (جعل طول الحرية مانعا منه) أي تزوج الأمة لا ندفع الضرورة بالقدره على تزوج الحرية (وعندنا جواز نكاح الأمة مطلق) مسلمة كانت أو كتابية (لإطلاق المقتضى) وهو قوله تعالى - فأنكحوا ما طاب لكم من النساء - وقوله - وأحل لكم ما وراء ذلكم - وانقضاء المانع الذي هو إبداءه وهو تعريض الجزء على الرق (لأن فيه) أي في الإقدام على نكاح الأمة (امتناعا عن تحصیل الجزء الحر لإرقاقه) لأنه لم يوجد بعد ، وبعد وجود الماء فهو موات لا يوصف بالرق والحرية إلا بطريق التبعية ، والامتناع

(ولا يتزوج أمة على حرة) لقوله صلى الله عليه وسلم «لا تنكح الأمة على الحرة» وهو بإطلاقه حجة على الشافعي رحمه الله في تجويزه ذلك للعبد ،

للتقص الذي جعلوه محرمًا لا مع قيد حرية الأب فوجب استواء العبد والحرة في هذا الحكم ، لو صرح ذلك التعليل : أعني تعليل الحرمة بالتعريض للرق ثم بعد وجود شرط تزوج الأمة عند الشافعي من عدم وجود طول الحرة شرط أن لا تكون جارية ابنه : أي ملك الابن ، قال في خلاصتهم : لو أنه استولدها قبل النكاح صارت أم ولده فزول ملك ولده منزلة ملكه ، وعندنا لا ملك للأب من وجه أصلاً ولا لحرمت على الابن (قوله ولا يتزوج أمة على حرة لقوله صلى الله عليه وسلم «لا تنكح الأمة على الحرة») أخرج الدارقطني عن عائشة رضي الله عنها قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «طلاق العبد الثنان» الحديث ، إلى أن قال «وتزوج الحرة على الأمة ، ولا تزوج الأمة على الحرة» وفيه مظاهر بن أسلم ضعيف . وأخرج الطبري في تفسيره في سورة النساء بسنده إلى الحسن «أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى أن تنكح الأمة على الحرة . قال : وتنكح الحرة على الأمة» . قال : وهذا مرسل الحسن . ورواه عبد الرزاق عن الحسن أيضاً مرسلًا ، وكذا رواه ابن أبي شيبة عنه . وأخرج عبد الرزاق ، أخبرني ابن جريج ، أخبرني أبو الزبير أنه سمع جابر بن عبد الله يقول : «لا تنكح الأمة على الحرة ، وتنكح الحرة على الأمة» . وأخرج عن الحسن وابن المسيب نحوه . وأخرج ابن أبي شيبة عن علي رضي الله عنه : لا تنكح الأمة على الحرة . «وأخرج عن ابن مسعود نحوه» . وأخرج ابن أبي شيبة : حدثنا عبد الله بن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب قال : «تزوج الحرة على الأمة ، ولا تزوج الأمة على الحرة» . وعن مكحول نحوه . فهذه آثار ثابتة عن الصحابة والتابعين رضي الله عنهم تقوى الحديث المرسل لو لم يقل بحجيته فوجب قبوله ، ثم اعتضد بأقوال العلماء على الحكم المذكور وإن اختلفت طرق إضافتهم ، فإن الثلاثة أضافوه إلى مفهوم قوله تعالى «ومن لم يستطع منكم طولاً - الآية ، وذلك أن تزوج الأمة على الحرة يكون عند وجود طول الحرة فلا يجوز إضافاً . وقوله (وهو حجة على الشافعي في إجازة ذلك للعبد) يعني حجة جبراً لأننا أقمنا الدليل على جوازه بل وجوب الاحتجاج بالمرسل بعد ثقة رجاله ، ولأنه يرى حجيته إذا اقرن بأقوال الصحابة ، وهنا كذلك فإنه قد ثبت ذلك عن علي وجابر على الإطلاق كما بينا ، وكذا يرى حجيته إذا أقي به جماعة من أهل العلم وهنا كذلك ، وهذا كله نص الشافعي في الرسالة فإنه قال : فإن لم يوجد ذلك : يعني تعدد المخرج نظر إلى بعض ما يروى عن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم قولاً له ، فإن وجد ما يوافق ما يروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم كانت هذه دلالة على أنه

عنه ليس مانع شرعاً لأن له أن لا يحصل الأصل بالزول برضا المرأة ويتزوج العجز والعقيم فلأن يكون له أن لا يحصل وصف الحرية بتزوج الأمة أولى (ولا يتزوج أمة على حرة) سواء كان حراً أو عبداً ، وقال الشافعي : يجوز ذلك للعبد . وقال مالك : يجوز برضا الحرة . وجه قول الشافعي أن تزوج الأمة ممنوع لمعنى في المتزوج إذا كان حراً وهو تعرض جزئه على الرق مع الغنية عنه وهو لا يوجد في حق العبد لأنه رقيق بجميع أجزائه . وجه قول مالك أن المنع لحق الحرة فإذا رضيت فقد أسقطت حقها . ولنا ما ذكره محمد بن الحسن في مبسوطه : بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال «لا تنكح الأمة على الحرة» وهو بإطلاقه حجة عليهما لأن الرأي في مقابلة النص غير معتبر . فإن قلت : جوزتم نكاح الأمة مسلمة كانت أو كاتبة بإطلاق المقتضى على ما تلوثتم فهلا جوزتم نكاحها على الحرة بذلك ؟ قلت : جوزنا هناك لوجود المقتضى وانتفاء المانع وههنا وإن كان المقتضى

وعلى مالك في تجويزه ذلك برضا الحرية ، ولأن الرق أثر في تصنيف النعمة على ما تقرره في كتاب الطلاق إن شاء الله فيثبت به حل الحلية في حالة الانفراد دون حالة الانضمام

لم يرسل إلا عن أصل يصح إن شاء الله ، وكذلك إن وجد عوام من أهل العلم يفتون بمثل معنى ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم اهـ . وبه يخص قوله تعالى - وأحل لكم ما وراء ذلكم - إذ قد أخرج منه ما قلنا . وفيه نظر ، فإن إخراج المشركات والمجوسيات بطريق النسخ على ما قالوا والمجوسيات مشركات والناسخ لا يصير العام به ظنيا فلا يخص بعده بغير واحد أو قياس . وما قيل إنه مخصوص منه الجمع بين الاختين فقط ، لأن قوله تعالى - وأحل لكم ما وراء ذلكم - لم يتناول الجمع ليتحقق إخراجها لأنه لما قدم ذكره مع المحرمات ثم قال - وأحل لكم ما وراء ذلكم - أي ما وراء المذكورات فلم يتناوله أصلا ، وإذا كان كذلك والحديث مطلق فيمثل العبد فيإخرجه يستدعي ثبنا ولم يثبت إذ إضافة إخراجها إلى تخصيص العلة التي ادعوا أنها مؤثرة لحرمه نكاح الأمة عند طول الحرية بغير العبد لم يثبت له وجه لما علمت أنه بتقدير حصتها يجب استواء الحر والعبد فيها ، لأن المعقول بتأثير ذات الرق في المنع عند علم الضرورة ووجود الطول (قوله وعلى مالك في تجويزه ذلك برضا الحرية) مالك رحمه الله يقول بحجية المرسل إذا صح طريقه إلى التاخي : لكنه علله بإغاطة الحرية بإدخال ناقصة الحال عليها ، فإذا رخصت اتفق ما لأجله المنع فيجوز وهذا استنباط معنى يخص النص ، فإن لم يكن منصوبا ولا موصى إليه كان تقديمه للقياس على لفظ النص وهو ممنوع عندنا بل العبرة في المنصوص عليه لعين النص لا لغناه ، ثم بتقدير جواز ذلك فصليله بما ظهر أثره وهو تصنيف النعمة بالرق الذي ظهر أثره في الطلاق والعدة والقسم أولى ، فيكون المنع باعتبار التعليل به لتصنيف في أحوال نكاح الأمة . بيانه أن الحل الثاني في النكاح نعمة ، وتبين أن الرق منصف ما ذكرنا من متعلقات النكاح لما لم يمكن تصنيف نفس الحل ، على أنه لو قيل بل نصف الحل أية ا وهو تصنيف القسم إذ يجرم عليه الاستمتاع بها في غير ليلتها لا يمكن ، فيظهر أن حكم هذا الحديث لإرادة تصنيف الأحوال جريا على ما استقر منوطا بالرق ، وذلك أن لنكاحها حالتي انضمام إلى نكاح حرة سابقة وانفراد عنه ، فالتصنيف إذا كان إمكان الحالتين قائما بتصحيح نكاحها في حالة دون حالة ، وتصحيح نكاح الحرة في الحالتين حالة الانفراد

موجودا لكن المانع غير متصف ، وهو الذي أشار إليه المصنف بقوله (ولأن الرق أثر في تصنيف النعمة على ما تقرره في الطلاق فيثبت به حل الحلية في حالة الانفراد دون حالة الانضمام) ولا علينا أن نقرره ههنا . وتقريه أن الحل الذي يبنى عليه عقد النكاح نعمة جديدة في جانب الرجال والنساء جميعا ، وكما ينصف ذلك الحل برق الرجل حتى يتزوج العبد لثنتين والحر أربعا فكل ذلك ينصف برق المرأة لأن الرق هو المنصف وهو يشملهما ، ولا يمكن إظهار هذا التصنيف في جانبها بقصان العدد لأن المرأة الواحدة لا محل إلا لواحد ، فظهر التصنيف باعتبار الحالة ، فبعد ذلك نقول : الأحوال ثلاث : حال ما قبل نكاح الحرية ، وحال ما بعده ، وحال المقارنة ، ولكن الحال الواحدة لا تختمل التجزئ فتغلب الحرمة على الحل فتجعل محلة سابقة على الحرية وحرمة مقترنة بالحرية أو متأخرة عنها ، وهذا المعنى . وهو بطلان التصنيف بالرق الثابت بالدليل القطعي مانع عن العمل بإطلاق المقتضى فتأمل فإنه غريب

(قوله وهو الذي أشار إليه المصنف بقوله (ولأن الرق أثر في تصنيف النعمة الخ) أقول : فعل هذا يكون مجموع الحديث وكون الرق متصفا دليلا واحدا على المطلوب ، وظاهر كلام المصنف (قوله وهذا المعنى وهو بطلان التصنيف) إل قوله : فتأمل فإنه غريب) أقول : فيه بحث .

(ويجوز تزويج الحرة عليها) لقوله صلى الله عليه وسلم « وتكح الحرة على الأمة » ولأنها من المحلات في جميع الحالات إذ لا منصف في حقها (فإن تزوج أمة على حرة في عدة من طلاق بائن أو ثلاث لم يميز عند أبي حنيفة رحمه الله ، ويجوز عندهما) لأن هذا ليس بتزوج عليها وهو المحرم ، ولهذا لو حلف لا يتزوج عليها لم يحنث بهذا . ولأن حنيفة رحمه الله أن نكاح الحرة باق من وجه لبقاء بعض الأحكام فيبقى المنع احتياطاً ، بخلاف الجين لأن المقصود أن لا يخلل غيرها في قسمها

والانضمام إلى أمة سابقة ثم عين الشرع لمنع حالة الانضمام إلى الحرة لما في اعتبار نقصها عن الحرة في كثير من الأحكام من مناسبة ذلك . ولا يبعد أن لزيادة فيط الحرة زيادة معتبرة دخلاً أيضاً ، أما أصل غيظها فلا أثر له فإنه يحصل بإدخال الحرة أيضاً على الأمة . وحلى هذا التقرير ينفع من الأصل ما يورد من أن الانضمام يصلح على ما إذا أدخل الحرة أيضاً على الأمة فيلزم أن يفسد نكاح الأمة بإدخال الحرة عليها . ويجب بأن الانضمام يقوم بالمتأخر لأنه المنضم إلى غيره ثم يتعلق بالمتقدم . ومنهم من جعل منع إدخال الأمة بالنص على خلاف القياس . وتعليل الكرخي أن بنكاح الحرة يثبت لنفسه حق الحرية ، وحق الحرية لا يجوز إبطاله بعد ثبوته ، فأما مجرد طول الحرة قبل نكاحها فلا يثبت للنسل ذلك . هنا وأما حالة المقارنة وهو أن يتزوج حرة وأمة في عدة فيجتمع في الأمة محرم وميسر فصرح : وأعلم أن التعليل في الأصل إنما هو للقياس ، ويستدعي أصلاً يالحق به منصوباً أو محمداً عليه فيمكن جعله هنا تصفيف الطلاق والعدة (قوله فإن تزوج أمة على حرة النكاح) وكذا المدبرة وأم الولد قيد بالباين لأن في عدة الرجعي لا يجوز نكاح الأمة اتفاقاً ، وقولهما قول ابن أبي ليلى لأن المحرم ليس بالجمع ليجتمع في عدة البائن كالأخت في عدة الأخوت وإلا حرم إدخال الحرة عليها بل تزوج الأمة على الحرة وهو منتف . لا يقال : تزوج عليها إذا تزوج وهي ميانة معتدة ، ولذا لو حلف لا يتزوج على امرأته فتزوج وهي معتدة عن بائن لم يحنث ، وكذا جاز نكاح الأمة في عدة الحرة من نكاح فاسد أو وطء بشبهة . ولأن حنيفة أن العدة لما كانت من آثار النكاح وباعتبارها بعد قائماً من وجه كان بالتزوج فيها متزوجاً عليها من وجه فكان حراماً لأن الشبهة في الحرمان كالحقيقة احتياطاً . وأما جواز نكاح الأمة في عدة الحرة من نكاح فاسد فقل إنما هو قولهما لا قوله ، ولو سلم فالتزم لم يكن ثابتاً بقيام النكاح الفاسد ليبقى بقاء العدة بخلاف ما نحن فيه . وأما مسألة الجين فإنما لا يحنث فيها لعدم المقصود من حلفه أن لا يتزوج عليها هو أن لا يخلل عليها فريضة في القسم ، ولأن العرف

(ويجوز تزويج الحرة عليها لقوله عليه الصلاة والسلام « وتكح الحرة على الأمة » ولأنها من المحلات في جميع الحالات لعدم المنصف في حقها) فجاز العمل بإطلاق المقتضى عند انقضاء المانع (فإن تزوج أمة على حرة في عدة من طلاق بائن أو ثلاث لم يميز عند أبي حنيفة ويجوز عندهما) ووجه الجانين على ما ذكره في الكتاب ظاهر ، ولا بد لهما من فرق بين هذه المسئلة وبين ما إذا تزوج امرأة في عدة أختها من طلاق بائن فإنهما لا يجوزاه كأي حنيفة وقالوا في الفرق لهما : إن المحرم هناك الجميع فإذا تزوجها في عدة أختها صار جامعاً بينهما في حقوق النكاح فلا يجوز ، وأما هذا المنع فليس لأجل الجمع ، فإنه لو تزوج الأمة ثم الحرة صح نكاحهما ، ولكنه باعتبار إدخال ناقصة الحال على كاملة الحال وهذا لا يوجد بعد البينة . ولقاتل أن يقول : نكاح الأولى قائم مادامت في العدة أولاً ، فإن كان الأول ورد عليها هذه المسئلة ، وإن كان الثاني فذلك المسئلة . وقد نقل في النهاية عن المبسوط والأبرار

(وللعهر أن يتزوج أربعاً من الحرائر والإماء ، وليس له أن يتزوج أكثر من ذلك) لقوله تعالى - فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع - والتخصيص على العدد يمنع الزيادة عليه .

أن لا يسمى متزوجاً عليها بعد الإبانة إلا إذا كان من كل وجه وذلك حال قيام العصمة (قوله من الحرائر والإماء) أى جمعا وتقرىبا ، إلا أن في الجمع إنما يجوز إذا أُنكر الحرائر (قوله وليس له أن يتزوج أكثر من ذلك) انتهى عليه الأئمة الأربعة وجمهور المسلمين ، وأما الجوارى فله ما شاء منهن . وفي الفتاوى : رجل له أربع نسوة وألف جارية ، أراد أن يشترى جارية أخرى فلامه رجل آخر يخاف عليه الكفر . وقالوا : إذا ترك أن يتزوج كفى لا يدخل الغم على زوجته التى كانت عنده كان مأجورا . وأجاز الروافض تسعا من الحرائر . ونقل عن النخعي وابن أبي ليلى ، وأجاز الخوارج ثمانى عشرة . وحكى عن بعض الناس إباحة أى عدد شاء بلا حصر . وجه الأول أنه بين العدد المثلل مثنى وثلاث ورباع بحرف الجمع والحاصل من ذلك تسع . وجه الثانى ذلك ، إلا أن مثنى وثلاث ورباع معلول عن عدد مكرر على ما عرف في العربية فيصير الحاصل ثمانية عشر . وكان وجه الثالث العمومات من نحو - فانكحوا ما طاب لكم من النساء - ولفظ مثنى إلى آخره تعللوا عرفى له لا قيد ، كما يقال نخط من البحر ماشئت قربة وقربتين وثلاثا . ويخص الأولين تزوجه صلى الله عليه وسلم تسعا ، والأصل عدم الخصوصية إلا بدليل . والحجة عليهم أن آية الإحلال ههنا وهى قوله تعالى - فانكحوا ما طاب لكم من النساء - لم تسق إلا لبيان العدد المثلل لا لبيان نفس الحل ، لأنه عرف من غيرها قبل تزولها كتابا وسنة فكان ذكره هنا مغيبا بالعدد ليس إلا لبيان قصر الحل عليه ، أو هى لبيان الحل المقيد بالعدد لا مطلقا ، كيف وهو حال ما طاب فيكون قييدا في العامل وهو الإحلال المفهوم من فانكحوا ، ثم إن مثنى معلول عن عدد مكرر لا يقف عند حد هو اثنان اثنان هكلا إلى ما لا يقف ، وكذا ثلاث في ثلاثة ثلاثة ، ومثله رباع في أربعة أربعة ، فوئى التركيب على

فرق آخر أضعف من هذا فلا حاجة إلى ذكره . قال (وللعهر أن يتزوج أربعاً من الحرائر والإماء) أو منها إذا قدم الأمة على الحرية (ولا يجوز أكثر من ذلك) : قال الله تعالى - فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع - نص على العدد (والتخصيص على العدد يمنع الزيادة عليه) وفيه بحث لأن هذا معلول وهو وصف ولهذا منع عن الصرف للعدل والوصف فكان من باب تخصيص الشيء بالذكر ، وذلك لا يدل على نفي الحكم عما عداه فثبتت الزيادة بقوله تعالى - وأحل لكم ما وراء ذلكم - سلمنا أنه عدد ولكن لا نسلم أن التخصيص عليه يمنع الزيادة عليه . لأنه عليه الصلاة والسلام قال « إنما يفضل الثوب من خمس : من بول ، وغائط ، وقت ، ومنى ، ودم » وبالاتفاق يفضل من الخمر أيضا مع أنه عليه الصلاة والسلام نص على العدد مع كلمة الخمر . والجواب عن الأول أنه بحسب الأصل من الأعداد وإن استعمل وصفا ، وعن الثانى بأن معناه إنما يفضل الثوب من خمس مما يخرج من بدن الأذى ، لأن هذا الحديث خرج جوابا لسؤال من سأل عن التجاسة وهو منحصر على هذا العدد . فإن قيل : سلمناه لكن مقتضاه التسع أو ثمانية عشر لما أن الروا للجمع . أجيب بأن هذا الوهم هو الذى أوقع الرافضة لعنهم الله في التسوية بينهم وبين أفضل الموجودات مع اختصاصه بذلك بفضيلة النبوة أو ازديادهم عليه ، فإن منهم من ذهب إلى جواز التسع ، ومنهم من ذهب إلى جواز ثمانية عشر نظرا إلى معنى العلول وحرف الجمع ، ولكن ليس الأمر على ما فهموا لأن المراد بمثل هذا الكلام أحد هذه الأعداد . قال القرطبي : لا وجه لحمل هذا على الجمع لأن العبارة عن التسع بهذا اللفظ . من العى في الكلام والكلام المقيّد من ضمن

وقال الشافعي رحمه الله : لا يتزوج إلا أمة واحدة لأنه ضروري عنده : والحجة عليه ما تلونا إذ الأمة المنكوحة ينظّمها اسم النساء كما في الظهار (ولا يجوز للعبد أن يتزوج أكثر من اثنتين) وقال مالك : يجوز لأنه في حق النكاح بمنزلة الحر عنده حتى ملكه بغير إذن المولى .

هذا ما طالب لكم اثنتين اثنتين جمعا في العقد أو على التفريق وثلاثا ثلاثا جمعا أو تفريقا وأربعا أربعا كذلك ، ثم هو قيد في الحل على ما ذكرنا فأتى الحل إلى أربع غير فبين بين الجمع والتفريق . وأما حل الواحدة فقد كان ثابتا قبل هذه الآية بحل النكاح لأن أقل ما يتصور بالواحدة . فحاصل الجدل أن حل الواحدة كان معلوما ، وهذه الآية لبيان حل الزائد عليها إلى حد معين مع بيان التخيير بين الجمع والتفريق في ذلك ، وبه يتم جواب الفريقين . أو تقول : عرف حل الواحدة بقوله تعالى - فإن خضم أن لا تعدلوا فواحدة - فكان العدد على الوجه الذي ذكرنا حللا عند عدم خوف الجور ، ثم أفاد أن عند خوفه بقصر الحل على واحدة وإنما لم يطغف بأربعين أو ثلاث أو أربع ، لأنه لو ذكر بأو لكان الإحلال مقتصرا على أحد هذه الأعداد وليس بمراد ، بل المراد أن لم أن يحصلوا هذه الأعداد إن شاعوا بطريق التثنية وإن شاعوا بطريق التثليث وإن شاعوا بطريق التربيع ، فأنفى بذلك صحة التسع والثماني عشرة ، ويدل على الخصومية ما روى الترمذي عن عبد الله بن عمر « أن غيلان بن سلمة الثقفي أسلم وله عشر نسوة في الجاهلية فأسلمن معه ، فأمره النبي صلى الله عليه وسلم أن يتخير منهن أربعا » ومثله وقع لغيره من الديلمي وقيس بن حارثة . والمراد من قوله والتنصيص على العدد بمنع الزيادة العدد المذكور : يعني التنصيص على هذا العدد ، فكان اللام للعهد الذكري أو الحضوري ، وإنما كان هذا العدد بمنع الزيادة وإن كان من حيث هو عدد لا يمنعها كما في قوله صلى الله عليه وسلم « ثلاث جدن جد » « ثلاث جد » : النكاح ، والطلاق ، والرجعة ، حيث أحق بها البين والنذر والعق لوقوعه حالا قيذا في الإحلال على ما قرنا ، وبه يتلغ الإيراد بأنه من حيث هو عدد لا يمنع كما ذكرنا . والحاصل أنه قد تمتنع معه الزيادة والتنصيص كعدد ركعات الصلاة وقد لا ولا نحو سبعين مرة في قوله تعالى - استغفر لم - الآية ، وقد تمتنع الزيادة كما ذكرنا أو التنصيص فقط كما في أقل الحيض وشي من ذلك ليس لذات العدد بل لخارج كمنع الزيادة هنا لتقييد الحل وفي كل موضع يطلب السبب (قوله والحجة عليه ما تلونا) وهو عموم - ما طالب لكم من النساء - مقتصرا على العدد المذكور ، وقوله إذ الأمة المنكوحة يريد بالمنكوحة الحرة ، وإلا فالمنكوحة لا تاتى الأمة مع أن المراد هنا بالأمة ليس إلا الأمة المنكوحة ، وفي كثير من النسخ المنكوحة على الصفة . واعترض بأن المراد الاستدلال بجواز تزوج الإمام أكثر من واحدة لتناول اسم النساء ذلك . وعلى مقال من وجه تناول يلزم نكاح المنكوحة والمنكوحة لا تنكح ، فكان ينبغي أن لا يذكر المنكوحة أصلا ، والعناية به أن يراد بالمنكوحة بالقوة : أي التي يريد أن ينكحها ينظّمها الخ (قوله لأنه في حق النكاح بمنزلة الحر عنده) لأن السبي لا يوقع الفرة بين المسبي وزوجه فعلم أنه لا يملك إلا من حيث هو مال

ذلك ، وقد صرح « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم فرق بين غيلان الثقفي وبين ما زاد على الأربع من النسوة حين أسلم وتجهه عشر نسوة » ولم ينقل عن أحد في حياة النبي صلى الله عليه وسلم ولا بعده إلى يومنا هذا أنه جمع بين أكثر من أربع نسوة نكاحا (وقال الشافعي : لا يتزوج إلا أمة واحدة لأنه) أي نكاح الأمة (ضروري) في حق الحر (عنده) كما تقدم والضرورة تدفع بالواحدة (والحجة عليه ما تلونا) يعني قوله تعالى - فأنكحوا - ما طالبكم من النساء - فإن اسم النساء ينظم الأمة المنكوحة ، كما في الظهار فإن آيته مذكورة بلفظ النساء ويتناول الأمة المنكوحة (ولا يجوز للعبد أن يتزوج أكثر من اثنتين . وقال مالك : يجوز لأنه في حق النكاح بمنزلة الحر عنده)

ولنا أن الرق منصف فيتزوج العبد الثنتين والحر أربعا إظهارا لشرف الحرية . قال (فإن طلق الحر إحدى الأربع طلاقا بائنا لم يحر له أن يتزوج رابعة حتى تنقضي عدتها) وفيه خلاف الشافعي رحمه الله وهو نظير نكاح الأخت في عدة الأخت . قال (فإن تزوج حبلى من زنا جاز النكاح ولا يطؤها حتى تضع حملها) وهذا عند

وبدليل أنه يملك أصل النكاح بالإذن ١ فلو كان مملوكا في حقه لم يملكه كما لم يملك المال فلما ملكه ساوى الحر فيه . وجواب الأول أن السبي أحد أسباب ملك الرقبة فمحلله المال لا النكاح فلذا لم تقع الفقرة . وجواب الثاني أن ملك أصل الشيء لا يمنع التنصيف إذا تحقق ما يوجب كالأمة تملك طلب أصل الوطء من زوجها ويتنصف قسمها (قوله ولنا أن الرق منصف) توضيح مراده أن الحل الثابت بالنكاح مشترك بين الزوجين حتى إن للمرأة المطالبة بالاستمتاع ، وقد تنصف الرق للمرأة مالمّا من ذلك الحل حتى إذا كانت تحت الرجل حرة ، وأمة يكون الحرة ليلتان وللأمة ليلة ، فلما نصف رقها مالها وجب أن ينصف رقه ماله والحر تزوج أربع وللعبد ثنتان . بقى أن يستدل بقوله تعالى - فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع - نظرا إلى عموم مخاطبين في الأحرار والعبيد كما استدل به المصنف على الشافعي في إطلاق الزائد على الأمة نظرا إلى عموم المخاطبين والإمام . لكن قد يقال : إن المخاطبين هم الأحرار بدليل آخر الآية وهو قوله تعالى - فإن خضتم أن لا تعملوا فواحدة أو ماملكت أيمانكم - فإن المخاطب يهداهم المخاطبون الأولون ولا ملك للعبد فزعم كون المراد الأحرار (قوله فإن تزوج حبلى من زنا) من غيره (جاز النكاح) خلافا لأبي يوسف ، وقول الشافعي رحمه الله نقولنا وقول الآخرين وزفر كفول أبي يوسف . أما لو كان الحبلى من ناز منه جاز النكاح بالاتفاق كما في الفتاوى الظهيرية محالا إلى التوازل . قال : رجل تزوج حاملا من زنا منه فالتكاح صحيح عند الكل ، ويحل وطؤها عند الكل . وإذا جاز في الخلافية عندها ولا يطؤها هل تستحق النفقة ؟ ذكر التمراسي لا نفقة لها ، وقيل لها النفقة ، والأول أوجه لأن النفقة وإن وجبت من العقد الصحيح عندنا لكن إذا لم يكن مانع من الدخول من جهتها ، بخلاف الخائض فإن علها ساوى وهذا يضاف إلى فعلها الزنا ، وعن محمد كفول أبي يوسف ، وكذا لا يباح وطؤها لا يباح دواحيه ، وقيل لا بأس بوطئها ، ونقل عن الشافعي كأنه يقيسه على التي زنت حيث جاز تزوجها وحل وطؤها في الجبال مع احتمال العلوق ، فعلم أن العلوق من الزنا لا يمنع الوطء وإلا لمنع منع تمييزه في مقام الاحتياط وليس بشيء لأن الفرق بين المحقق والموهوم في الشغل الحرام ثابت شرعا لورود عموم التبيي في المحقق ، وهو ما روى ووقع

لأنه يملك أصل النكاح بالإجماع ولو لم يكن بمنزلة الحر في حق النكاح لما ملكه ، كما أنه لا يملك المال ولهذا قال جاز له أن يتزوج بغير إذن مولاه كما أن له أن يطلق بغير إذنه (ولنا أن الرق منصف) صل ما يسجيء في الطلاق كما وعده المصنف (فيتزوج العبد الثنتين والحر أربعا إظهارا لشرف الحرية) وتملكه أصل النكاح لا يمنع التنصيف بالرق كالأمة المنكوحة فلها تملك طلب القسم ويتنصف قسمها . وقوله (فإن طلق الحر) ظاهر قال (فإن تزوج حبلى من الزنا) الحامل إذا تزوجت فلما أن يكون الحمل ثابت بالنسب أو لا ، فإن كان الأول فالتكاح باطل في قولهم جميعا ، وإن كان الثاني قال أبو حنيفة ومحمد : جاز النكاح ، ولا يطؤها حتى تضع حملها

(١) قوله بالإذن (الموافق لما في المصنف بغير إذن) ولله تحريف تأمل . فالجواب أن العزائين بلا إذن بدليل ما بعده له ، وكذا

بما يش نسخة العلامة الجراوى حفظه الله كتبه محسنة .

أبي حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف رحمه الله : النكاح فاسد (وإن كان الحمل ثابت النسب فالنكاح باطل بالإجماع) لأن يوسف رحمه الله أن الامتناع في الأصل لحمة الحمل ، وهذا الحمل محترم لأنه لا جناية منه ، ولهذا لم يميز إسقاطه . ولها أنها من المخلطات بالنسب وحمة الوطء كى لا يسقى مائه زرع غيره ، والامتناع في ثابت النسب لحق صاحب الماء ولا حرمة للزاني (فإن تزوج حاملا من السبي فالنكاح فاسد) لأنه ثابت النسب

ابن ثابت الأنصاري قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا يجل لامرئ يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسقى مائه زرع غيره » يعني إتيان الحبل . رواه أبو داود والترمذي وقال : حديث حسن (قوله أن الامتناع في الأصل) يعني ثابت النسب . حاصله قياس الحامل من الزنا على الحامل بثابت النسب في حكم هو عدم صحة العقد عليهما فعين علة الأصل كونه حملها محترما . فيمنع ورود الملك على عمله ، وهذا كذلك بدليل أنه لا يجوز إسقاطه وأنه لا جناية منه فيمنع الملك . واستدل المصنف رحمه الله بعموم - وأجل لكم ما وراء ذلك - . وحين علم أنه يريد من قبل أبي يوسف أن هذا مخصوص على ما قبل فيجوز تخصيصه بالقياس احتياج إلى منع علة فقال : لا نسلم أن علة المنع في الأصل احترام الحمل بل احترام صاحب الماء وهي متفية في الفرع إذ لا حرمة للزاني . ومنهم من يزيد في تعيين العلة فيقول الامتناع في الأصل لحمة الحمل فيضان عن منقبة بماء حرام ، وقد يزداد أيضا فيقال : فيضان عن سقيه ، ولما لم يميز الوطء لحمة السقي لم يصح العقد لأن كل عقد لا يترتب عليه حكمه لا يصح ، وهي زيادة توجب التفحص إنما يحتاج إليها لو قلنا بصحة العقد وحل الوطء ولم نقل به فيقال : إن قلت لا يترتب مطلقا متعناه أو في الحال فقط متعنا اقتضاه البطلان وإلا لم يصح نكاح الحائض والتغيب ، إلا أن أبا يوسف رحمه الله يدفع التعليل بحمة صاحب الماء بأنه لو كان لحقه جواز بأمره ، فالأولى تعليل المنع في الأصل بلزوم الإجماع بين القراشين وهو السبب في امتناع العقد على المحصنات من المومنات وهو متفق في الأصل من الزنا . وقد يقال : إن هذا الدفع مغالطة خيل أن حرمة وحقه واحد وهو معنى الحق ، وليس كذلك فإن معنى حرمة أن الشارع أثبت له من الحرمة منع العقد على عمل مائه ، فإذا قاما ، وحرمة لا تسقط بإذنه في العقد ، إلا أن هذا يقتضي صحة العقد على المسبية الحامل والمهاجرة ، وهو زوايه الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله ، وأما على ظاهر المذهب فلا ، فالمطرد ما ذكرنا على ما هو رواية الحسن أن نسب بالتعليل بحمة صاحب الماء . واعلم أن في سنن أبي داود عن رجل من الأنصار

(وقال أبو يوسف : النكاح فاسد لأن الامتناع في الأصل) أي في الحمل الثابت بالنسب إنما كان (لحمة الحمل ، ولهذا الحمل محترم لأنه لا جناية منه ، ولهذا لم يميز إسقاطه) . والحاصل أنه قاس حمل الزنا على الحمل الثابت بالنسب بعلة حرمة الحمل (ولها أنها من المخلطات بالنسب) وهو قوله تعالى - وأجل لكم ما وراء ذلك - . وكل من كانت كذلك جاز نكاحها . فإن قلت : ما بال الحمل الثابت النسب لم يدخل تحت هذا النص ؟ قلت : لمكان قوله تعالى « ولا تنزوا عليه » . فإن قيل : لو كانت من المخلطات لحل وطؤها بعد ورود العقد عليها . أجاب بقوله (وحرمة الوطء كى لا يسقى مائه زرع غيره) وحرمة الوطء لما عرض يحتمل الزوال لا يستلزم فساد النكاح كما في حالة الحيض والتغيب . وقوله (والامتناع في ثابت النسب) جواب عن قياس أبي يوسف . وتقريره : لا نسلم أن فساد النكاح لحمة الحمل بل إنما هو (لحق صاحب الماء ولا حرمة لماء الزاني) وقوله (فإن تزوج حاملا من السبي) صورته أن تنهي الحرية حاملا فيريد السبي أن يزوجها لا يجوز ما لم تضع الحمل ،

(١) قوله على ما هو رواية الحسن ، إل قوله واعلم (على زيادة ثبتت في بعض النسخ فسرناها بحسب مسنده .

(وإن زوج أم ولده وهي حامل منه فالنكاح باطل) لأنها فراش لمولاه حتى يثبت نسب ولدها منه من غير دعوة ، فلو ضبح النكاح لحصل الجمع بين الفراشين ، إلا أنه غير متأكد حتى ينفى الولد بالنفي من غير لعان فلا يعتبر مالم يتصل به الحمل .

يقال له نضرة بن أكرم من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « تزوجت امرأة على أنها بكر في سترها ، فدخلت عليها فإذا هي حبل ، فقال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم : لما الصلح بما استحلت من فرجها ، والولد عبد لك ، وفرق بيننا : وقال : إذا وضعت فحدوها » وهو ظاهر في عدم صحة نكاح الحامل من زنا لقوله « وفرق بيننا » إلا أن يجعل على تفريق الأبدان فقط بأن منعه من البلوة بها إلى أن تلد ، مع أن فيه من المنسوخات يجعل الولد عبدا ، إلا أن يجعل على إرادة أنه يصير يخدمك ، وهو يوافق حل التفريق على المنع من مجرد المخالطة وهو أولى لاستبعاد إرادة جعل الولد عبدا بينه الزوج بالنسبة إلى مقابلة لقلة نظيره في الشرع فيجعل هذا قرينة إرادة التفريق عن المخالطة لا في العقد . وهذا لأن الظاهر أنه إنما يكون بحيث يمنعه من غير ملك فيه إذا كان مع أمه عنده ، وهذا كله إذا ثبت هذا الحديث (قوله فالنكاح باطل) وذكر القاسم فيها تقدم ولا فرق بينهما في النكاح بخلاف البيع (قوله لأنها فراش لمولاه) لثبوت حد الفراش وهو كون المرأة متبينة لثبوت نسب ولدها من الرجل إذا أثبت به ، فلو صح حصول الجمع بين الفراشين وهو سبب الحرمة في المحصنات من النساء (قوله إلا أنه خير متأكد الخ) جواب عما قد يقال : لو كانت فراشا لم يجر تزويجها وهي حائل كما لا يجوز وهي حامل : فأجاب بأن فراشا غير متأكد ، ويتأكد بالصل الحبل بها منه ، فإن الحبل مانع في الجملة ، وكذا الفراش فيقع التأكيد باجتماعهما فيتبعض سببا للمنع ، بخلاف حالة عدمه . واستدل على عدم تأكيده بانتفاء نسب ولدها بالنفي من غير لعان ، فظهر أن المانع ليس مطلقا بل المتأكد منه إما بنفسه وهو فراش المنكحة أو بالحبل . قالوا : الفرش ثلاثة : قوى وهي المنكحة فلا ينفى ولدها إلا بالعان . ومتوسط وهو فراش أم الولد فيثبت نسب ولدها من غير دعوة وينفى بمجرد النفي . وضعيف لا يثبت نسب الولد منه إلا بدعوة وهو فراش الأمة التي لم يثبت لها أمومية الولد . والذي يقتضيه كلام صاحب الهداية بصرحه أن الأمة ليست بفراش أصلا على ما ذكره في المسئلة

لأن النسب من زوجها ثابت فكان الماء محرما واجب الصيانة وكذلك حكم المهاجرة : وقوله (وإن زوج أم ولده وهي حامل منه فالنكاح باطل لأنها فراش لمولاه) لوجود حدة وهو صيرورة المرأة متبينة لثبوت نسب الولد منه ، وكل من كانت فراشا لشخص لا يجوز نكاحها فلا يحصل الجمع بين الفراشين فإنه سبب الحرمة في المحصنات من النساء . فإن قيل : لو كانت فراشا لبطل نكاحها حائلا أيضا . أجاب بقوله (إلا أنه غير متأكد حتى ينفى الولد بالنفي من غير لعان) وكان فراشا ضعيفا (فلا يعتبر مالم يتصل به الحمل) لأن الحمل مانع في الجملة ، وكذلك الفراش ، فعند اجتماعهما يحصل التأكيد . فإن قيل : إذا كان غير متأكد وينفى الولد بالنفي من غير لعان وجب أن يكون الإقدام على النكاح نفيا للنسب فإنه يقبل النفي دلالة ، كما إذا قال بجارية له ولدت ثلاثة أولاد في بطون مختلفة هذا الأكبر مني ، فإنه ينفى نسب الباقيين ، وإذا اتى نسبه كان حلالا غير ثابت النسب ، وفي مثله يجوز النكاح كما تقدم . أجب بأن هذه دلالة ، والدلالة إنما تعمل إذا لم يخالفها صريح ، والصريح ههنا موجود لأن

(قوله لأن النسب من زوجها ثابت فكان الماء محرما) أقول : فيه أنه لما لم يكن لصاحب الماء فينبغي أن يجوز النكاح (قوله لأنها فراش لوجود حدة وهو صيرورة المرأة متبينة لثبوت نسب الولد منه) أقول : فينبغي التأويل في قوله لأنها فراش

قال (ومن وطئ جاريته ثم زوجها جاز النكاح) لأنها ليست بفراش لمولاهما وإنما لو جاءت بولد لاثبتت نسبة من غير دعوة إلا أن عليه أن يستبرئها صيانة لماله ، وإذا جاز النكاح (فلزوج أن يطأها قبل الاستبراء) عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله . وقال محمد رحمه الله: لا أحب له أن يطأها حتى يستبرئها لأنه احتمل الشغل بماء المولى فوجب التبرؤ

التي تلى هذه ، وعلمه بعدم صدق حدّ الفراش عليها بقوله (فإنها لو جاءت بولد لاثبتت نسبة من غير دعوة) فيلزم إما انحصاره في الفراش القوي والضعيف ، وإما اعتبار القرش الثلاثة في أم الولد والمنكوحة ؛ فأم الولد الحائل فراش ضعيف فيجوز تزويجها ، والحامل متوسط لنوع من التأكد فيمتنع ، وحكمه انتضاء الولد بمجرد النفي ، والمنكوحة هي الفراش القوي وهو الأوجه . وأورد إذا كان ولدها بنتى بمجرد النفي ينبغي أن يجوز النكاح ويكون نفيا دالة ، فإن النسب كما ينبغي بالمصرح ينبغي بالدلالة بدليل مسألة الأمة جاءت بأولاد ثلاثة فادعى المولى أكبرهم حيث يثبت نسبة ويتنق نسب غيره بدلالة انحصاره في الدعوة على بعضهم . أجيب بأن النفي دالة إنما يعمل إذا لم يكن مصرح بخلافه ، وهنا كذلك . إذ صورة المسئلة أن الحمل منه حيث قال: رجل زوج أم ولده وهي حامل منه كذا في الظهيرية . وعلى هذا لو زوج أم ولده وهي حامل قيل أن يعرف بالحمل بعد العلم به ينبغي أن يجوز النكاح ويكون نفيا (قوله ومن وطئ جاريته ثم زوجها جاز النكاح لأنها ليست بفراش لمولاهما) هذا تعليل للجواز بنى جنس علة المنع من التزويج فضلا عن نفيا بعينها فلذا لا يقتضي أن وجود الفراش مطلقا يمنع وإلا منع في أم الولد الحائل لأن علة المنع فراش مخصوص وهو القوي بنفسه أو بالتأكد لامطلاق الفراش ، ثم بين نفي الفراش بنى حده بقوله لأنها لو جاءت بولد لاثبتت نسبة من غير دعوة (قوله إلا أن عليه أن يستبرئها) أي بطريق الاستحباب لا الحتم ، وليس استبراء المولى مذكورا في الجامع الصغير بل في كلام المصنف ، وصرح الولوالجي بالاستحباب (قوله وإذا جاز) يعني جاز النكاح بدون استبراء من المولى ، فإن خلاف محمد في استبراء الزوج إنما هو فيه .

المسئلة فيها إذا كان الحمل منه فإنه قال رجل زوج أم ولده وهي حامل منه وإنما يكون الحمل منه إذا أقر به ، وإنما ذكر لفظ الفاسد في المسئلتين المتقدمتين ولفظ الباطل ههنا وإن كان المراد بالفاسد هناك الباطل أيضا على ما ذكره فخر الإسلام وقال : لأن ثبوت الملك في باب النكاح مع النافي إنما هو لضرورة تحقق المقاصد من حل الاستمتاع للتوالد والتناسل ، فلا حاجة إلى عقد لا يتضمن المقاصد ولا يثبت به الملك لأن الحرمة في المتقدمتين أهون ، أما في الحمل من الزنا فلأن الحرمة فيها تختلف فيها وهو ظاهر ، وأما في المسئلة فكل ذلك على ما روى الحسن عن أبي حنيفة أنها إذا تزوجت جاز النكاح ولكن لا يقربها زوجها حتى تضع حملها (ومن وطئ جاريته ثم زوجها جاز النكاح لأنها ليست بفراش لمولاهما) لعدم حدّ الفراش الذي ذكرناه (فإنها لو جاءت بولد لاثبتت نسبة من غير دعوة إلا أن عليه) أي على المولى أن (يستبرئها) قال الشارحون : معنى عليه الاستحباب دون الوجوب ، وذلك لأن اللفظ غير مذكور في الجامع الصغير ، وإنما ذكره المصنف فيقال : إنه أراد به الاستحباب صيانة لماله ، وقد صرح في فتاوى الولوالجي بالاستحباب (وإذا جاز النكاح جاز للزوج أن يطأها قبل الاستبراء عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد : لا أحب له أن يطأها حتى يستبرئها لأنه احتمل الشغل بماء المولى)

(قوله معنى عليه الاستحباب الخ) أقول: أي معنى لفظ عليه الاستحباب دون الوجوب ، إلا أنه سيحى في باب نكاح أهل الشرك التصريح

كما في الشراء . ولهما أن الحكم يجوز النكاح أمانة الفراغ فلا يؤمر بالاستبراء لا استحبابا ولا وجوبا ،

ولذا قال الفقيه أبو الليث رحمه الله في قول محمد : لا أحب له : أي للزوج أن يطأها حتى يستبرئها ، لأنه احتمل الشغل بماء المولى . هذا الخلاف فيها إذا زوجها المولى قبل أن يستبرئها ، فلو استبرأها قبل أن يتزوجها جاز وطء الزوج بلا استبراء اتفاقا . وقد وقع بعض المشايخ بأن محمدا رحمه الله نفي الاستحباب وهما أثبتا جواز النكاح بكونه فلا معارضة فيجوز اتفاقهما على الاستحباب فلا نزاع ، فإن لفظه في الجامع : محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل وطئ جاريته ثم زوجها قال : للزوج أن يطأها قبل أن يستبرئها . وقال محمد : أحب له أن لا يطأها حتى يستبرئها اهـ . وليس فيه استبراء المولى أصلا ، وفيه تصريح محمد بالاستحباب للزوج . قيل قوله تفسير لقول أبي حنيفة ، وقيل بل هو قوله خاصة وهو ظاهر السوق . وصريح قول المصنف لا يؤمر بالاستبراء لا استحبابا ولا وجوبا يخالفه . ثم القياس المذكور لمحمد إنما مقتضاه وجوب الاستبراء فلأن أصل قياسه الشراء ، وإنما يتعلق بالقياس حكم الأصل وحكمه وجوب الاستبراء ، فإن كان المصنف أخذ من كلام محمد في بعض تصانيفه فهو يفيد الوجوب لا الاستحباب . وغاية الأمر أن قوله أحب إلى ظاهر في الاستحباب ، ودليله وجوب أن مراده الوجوب ، فاعتباره أولى لأن الاستدلال بما لا يطابق الدعوى أبعد من إطلاق أحب أن يفعل كذا في واجب ، وكثيرا ما يطلق المقتضون : أكره كذا في التحريم أو كراهة التحريم وأحب مقابله ، فجاز أن يطلق في مقابله وهو الوجوب . ثم لو أورد على محمد رحمه الله أن التوهم لا يصلح علة للوجوب بل للندب كما في غسل اليدين عقيب التوهم النجاسة كان له أن يجيب بأن ذلك في غير الفروج ، أما فيها فالعهود شرعا جعله متعلق الوجوب ، ومنه نفس أصل هذا القياس ، فإن علة وجوب الاستبراء في التحقيق على المشتري ليس إلا توهم الشغل بالماء الحلال . واعتبار استحداث الملك علة إنما هو لضبطه للحكمة التي هي العلة في الحقيقة على ما عرف ، وإن كان الاستدلال من عند المصنف فهو المأخذ بعلم المطابقة (قوله ولهما أن الحكم يجوز النكاح أمانة الفراغ) أورد عليه أنه ممنوع ، فإن الحكم يجوز النكاح ثابت في الحامل من الزنا ، ومجموع ما ذكر فيه ثلاثة أجوبة : جواب صاحب النهاية بأنه طرد لا نقض ، فإن جواز النكاح ثابت في صورتين بالمقتضى وهو قوله تعالى - وأحل لكم ما وراء ذلكم - إلا أن الوطء هناك حرم لوجود الشغل حقيقة كي لا يسق مائه زرع غيره فلم يبدل جواز النكاح هناك على حل الوطء للحمل ، أما هنا لاجل حقيقة ، فلو كان إنما كان حكما وشرعا فكان جواز النكاح شرعا

ولو تحقق الاشتغال بماء الغير كان الوطء حراما ، فإذا احتمل ذلك ثبت التنزه (كمل في الشراء) فإن الموجب فيه احتمال الشغل ، لكن جواز الإقدام على النكاح أوردت ضعفا في السبب فيكون مستحباً . ولهما أنافذ اتفقتا على جواز النكاح من غير حبل زان ، والحكم يجوز النكاح في مثله أمانة فراغ الرحم لأن النكاح لم يشرع إلا على رحم فارغ عن شغل عتزم ، وإن كان الرحم فارغا لا يؤمر بالاستبراء لا استحبابا ولا وجوبا إذ الحكم لا يثبت بلا سبب ، وإنما قدم الاستحباب وكان حقه التأخير لأن نفيه يستلزم نفي الوجوب فكان تقديمه يوجب الاستثناء عن نفي الوجوب ، إما لأن الخصم يقول به فكان نفيه أهم ، وإما ليتصل بقوله بخلاف الشراء

من الشراء يوجب الاستبراء وجوباً ضعيفاً (قوله إلا على رحم فارغ عن شغل عتزم الخ) أقول : فيه نوع مخالفة لما سبق اتفاقا حيث أجابا عن أبي يوسف رحمه الله في مسألة نكاح الحامل من الزنا ، ويجوز أن يقال : المراد استبرأه لصاحب الماء (قوله لأن نفيه يستلزم نفي الوجوب) أقول : ممنوع كما لا يخفى .

بخلاف الشراء لأنه يجوز مع الشغل (وكذا إذا رأى امرأة تزنى فزوجه حل له أن يطأها قبل أن يستبرئها عندهما ، وقال محمد : لا أحب له أن يطأها مالم يستبرئها) والمعنى ما ذكرنا . قال (ونكاح المتعة باطل) وهو أن يقول لامرأة أمتع بك كذا مدة بكذا من المال

أمرأة الفراغ دليل فراغ الرحم حكما . وجواب شارح الكنز وغيره بتخصيص الدعوى ، فإن مرادنا أنه أمرأة الفراغ من حل ثابت النسب . أو نقول : هو دليل الفراغ في المحتمل لا فيما تحقق وجوده ، وإليه يرجع جواب صاحب النهاية إذا تأملت فهو الأول : أعني كونه دليل الفراغ في المحتمل وعمل النزاع محتمل ، ومع الحكم بالفراغ لا يثبت توهم الشغل شرعا فلا موجب لاستحباب الاستبراء ، لكن محضته موقوفة على دليل اعتبارها أمرأة الفراغ عنه لأن حاصله ادعاء وضع شرعى ، والإجماع إنما عرف على مجرد الصحة . أما على اعتبارها دليل الفراغ في المحتمل دون المتحقق فلا . واختار الفقيه أبو الليث قول محمد رحمه الله لأنه أحوط . هذا وعند زفر لا يجوز للرجل أن يزوجه حتى تحض ثلاث حضض بناء على أصله وهو وجوب العدة للزواج بعد كل وطء ولو زنا (قوله وكذا إذا رأى امرأة تزنى فزوجه حل له وطؤها قبل أن يستبرئها عندهما . وقال محمد : لا أحب له أن يطأها مالم يستبرئها) وعند زفر : لا يصح العقد عليها مالم تحض ثلاث حضض لما قلناه عنه ، وقيل يكفى حيضة (قوله والمعنى) أى في حل وطء الزانية إذا تزوجت عقيب العلم يزناها عندهما بلا استبراء وعند محمد بعده (ما ذكرنا) لها من أن الصحة أمرأة الفراغ في المحتمل فلا موجب للاستبراء والحكم لا يثبت بلا سبب ، وعند محمد الوطء يوجب توهم الشغل فستبرأ كالمتبرأة (قوله ونكاح المتعة باطل وهو أن يقول لامرأة) خالية من الموانع (أمتع بك كذا مدة) عشرة أيام مثلا أو يقول أيا ما أو متعنى نفسك أيا ما أو عشرة أيام أو لم يذكر أيا ما (بكذا من المال) قال شيخ الإسلام في الفرق بينه وبين النكاح الموقت أن يذكر الموقت بلفظ النكاح والزواج وفي المتعة أمتع أو أستمتع اه . يعنى ما اشتمل على مادة متعة . والذي يظهر مع ذلك عدم اشتراط الشهود في المتعة وتعيين المدة ، وفي الموقت الشهود وتعيينها ، ولا شك أنه لا دليل لمولاء على تعيين كون نكاح المتعة الذى أباحه صلى الله عليه وسلم ثم حرمه هو ما اجتمع فيه مادة متع قطع من الآثار بأن المتحقق ليس إلا أنه أذن لم في المتعة ، وليس معنى هذا أن من باشر هذا المأخوذ فيه يتعين عليه أن مخاطبها بلفظ أمتع ونحوه لما عرف من أن اللفظ إنما يطلق

فإن الاستبراء فيه واجب : ومن تذكر ما سلف من المسائل يفتن لما ذكرنا من القيد الذى لم يصرح بذكرها المصنف استثناء عنها بما تضمن كلامه فيما سلف ، وقوله (بخلاف الشراء) جواب عن قياس صورة محمد صورة الزنا على الشراء بالفارق وهو أن الشراء مع الشغل جائز دون النكاح ، فالحكم بجواز النكاح أمرأة الفراغ وإلا لكان حكما بما لا يجوز ولا كذلك في الشراء فيجب الاستبراء . وقوله (وكذا إذا رأى امرأة تزنى) ظاهر : وقيل ينبغي أن لا تحل لأن احتمال الشغل قائم ، ودليل الحرمة عند معارضة دليل الحل راجع . وأجيب بأنه تعارض الاحتمال لأن احتمال وجود الحل وعلمه ، فبعد ذلك رجحنا جانب العلم لأصالة ولتقوى الأصالة هنا يعلم حرمة صاحب الماء . قال (ونكاح المتعة باطل) صورة المتعة ما ذكره في الكتاب (أن يقول الرجل لامرأة أمتع بك كذا مدة بكذا من المال) أو يقول خنى منى هذه العشرة لأستمتع بك أيا ما ، أو متعنى نفسك أيا ما أو عشرة أيام أو لم يقل أيا ما ،

(قوله وأجيب بأنه تعارض الاحتمال) أقول : ويجوز أن يجاب أيضا بأننا قد اتفقتنا على جواز النكاح بالغ حل ماير ، ويدل على ذلك

وقال مالك رحمه الله : هو جائز لأنه كان مباحا فينبى إلى أن يظهر ناسخه . قلنا : ثبت النسخ بإجماع الصحابة رضى الله تعالى عنهم ، وابن عباس رضى الله عنهما صرح رجوعه إلى قولهم فقرر الإجماع ،

ويراد معناه ، فإذا قال تمتعوا من هذه النسوة فليس مفهومه قولوا أمتع بك بل أوجلو معنى هذا اللفظ ، ومعناه المشهور أن يوجد عقدا على امرأة لا يراود به مقاصد عقد النكاح من القرار للولد وتربيته بل إلى مدة معينة ينهى العقد بانتهاها أو غير معينة بمعنى بقاء العقد ما دمت ملك إلى أن أنصرف عنك فلا عقد . والحاصل أن معنى المتعة عقد مؤقت ينتهى بانتهاه الوقت فيدخل فيه ما بمادة المتعة والنكاح الموقت أيضا فيكون النكاح الموقت من أفراد المتعة وإن عقد بلفظ التزويج وأحضر الشهود وما يفيد ذلك من الألفاظ التى تنفذ التواضع مع المرأة على هذا المعنى . ولم يعرف فى شيء من الآثار لفظ واحد من باسرها من الصحابة رضى الله عنهم بلفظ تمتعت بك ونحوه والله أعلم (قوله وقال مالك هو جائز) نسجه إلى مالك غلط . وقوله (لأنه كان مباحا فينبى إلى أن يظهر النسخ) هذا متمسك من يقول بها كابن عباس رضى الله عنهما (قلنا قد ثبت النسخ بإجماع الصحابة رضى الله عنهم) هذه عبارة المصنف ، وليست الباء سببية فيها فإن المختار أن الإجماع لا يكون ناسخا ، اللهم إلا أن يقتدر محلف : أى بسبب العلم بإجماعهم : أى لما عرف إجماعهم على المنع علم أنه نسخ بدليل النسخ أو هى للمصاحبة : أى لما ثبت إجماعهم على المنع علم معه النسخ . وأما دليل النسخ بعينه فما فى صحيح مسلم وأنه صلى الله عليه وسلم حرما يوم الفتح وفى الصحيحين وأنه صلى الله عليه وسلم حرما يوم خيبر والتوفيق أنها نسخت مرتين . قيل ثلاثة أشياء نسخت

وهنا عندنا باطل (وقال مالك هو جائز) وهو الظاهر من قول ابن عباس (لأنه كان مباحا) بالاتفاق (فينبى إلى أن يظهر ناسخه . قلنا : قد ظهرنا ناسخه بإجماع الصحابة) وبيان ذلك أنه وردت الأحاديث الدالة على نسخها : منها ما روى محمد بن الحنفية عن على بن أبى طالب (أن نادى رسول الله صلى الله عليه وسلم نادى يوم خيبر : ألا إن الله ورسوله ينهائكم عن المتعة . ومنها حديث الربيع بن سبرة قال : (أحل رسول الله صلى الله عليه وسلم المتعة عام الفتح ثلاثة أيام ، فبحث مع ابن عمر إلى باب امرأة ومع كل واحد منا بردة ، وكانت بردة ابن عمر أحسن من بردى ، فخرجت امرأة كأنها دمية عيطاء فجعلت تنظر إلى شبلى وإلى بردته ، فقالت : هلا بركة كبردة هذا أو شبلىا ككتاب هذا ؟ ثم آثرت شبلىا على بردته ، فبث عندها ، فلما أصبحت إذا نادى رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهى : ألا إن الله ورسوله ينهائكم عن المتعة ، فأنهى الناس عنها) ثم أجمع الصحابة على أن المتعة قد اتسخت فى حياة النبي صلى الله عليه وسلم فكانت الأحاديث ناسخة والإجماع مظهرا لأن نسخ الكتاب والسنة بالإجماع ليس بصحيح على مذهب الصحيح . فإن قيل : أين الإجماع وقد كان ابن عباس مخالفا ؟ أجاب بقوله (وابن عباس صرح رجوعه إلى قولهم) روى جابر بن زيد أن ابن عباس ما خرج من الدنيا حتى رجع عن قوله فى الصرف والمتعة (فقرر الإجماع) وقيل فى نسبة جواز المتعة إلى مالك نظر لأنه روى الحديث فى الموطأ عن

قول المصنف والمحق ملاكرنا (قال المصنف : قلنا ثبت النسخ بالإجماع) أقول : قال ابن الغمام : ليست الباء سببية ، فإن المختار أن الإجماع لا يكون ناسخا إلا أن يقتدر محلف أى بسبب العلم بإجماعهم : أى لما عرف إجماعهم على المنع علم أنه نسخ بدليل النسخ أو هى للمصاحبة : أى لما ثبت إجماعهم على المنع علم معه النسخ له . ويجوز أن يريد بثبوت النسخ بثبوت العلم . (قوله فإن قيل : أين الإجماع وقد كان ابن عباس مخالفا للعلم) أقول : هذا نقل النسخ فلا تضر مخالفة ابن عباس . قلنا : نعم ، لكن مراد المصنف أن الصحابة رضى الله تعالى عنهم أجمعوا على نقله ، ولاهم ذلك بمخالفته فليقتل .

(والنكاح الموقت باطل) مثل أن يتزوج امرأة بشهادة شاهدين إلى عشرة أيام .

مرتين : المتعة ، ولحوم الحمر الأهلية ، والتوجه إلى بيت المقدس في الصلاة . وقيل لا يحتاج إلى الناسخ لأنه صلى الله عليه وسلم إنما كان يأبأها ثلاثة أيام فبإتضاها تنهى الإباحة ، وذلك لما قال محمد بن الحسن في الأصل : « بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه أحل المتعة ثلاثة أيام من الدهر في غزاة غزاها اشتد على الناس فيها العزوبة ثم نهى عنها » . وهذا لا يفيد أن الإباحة حين صدرت كانت مقيدة بثلاثة أيام ولذا قال ثم نهى عنها . وهو يشبه ما أخرجه مسلم عن سيرة بن معبد الجعفي قال : « وأذن لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم بالمتعة ، فانطلقت أنا ورجل إلى امرأة من بني عامر كأنها بكرة عطاء فرضنا عليها أنفسنا فقالت : ماتعطيني ؟ فقلت ردائي وقال صاحبي ردائي ، وكان رداء صاحبي أجود من ردائي وكنت أنا أشب منه ، فإذا نظرت إلى رداء صاحبي أصعجبا ، وإذا نظرت إلى أعجبها ، ثم قالت : أنت ووداك تكفيني ، فكثت معها ثلاثا ، ثم إن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : من كان عنده شيء من هذه النساء التي يتمتع بهن فليخل سبيلها ، فهذا مثله من حيث أنه إنما يدل على أن الإباحة أقامت ثلاثا لا أنها تعلقت مقيدة بالثلاث فلا بد من الناسخ . وفي صحيح مسلم عنه صلى الله عليه وسلم « كنت أذن لكم في الاستمتاع بالنساء وقد حرم الله ذلك إلى يوم القيامة » والأحاديث في ذلك كثيرة شهيرة . وأما ظاهر الألفاظ التي تعطي الإجماع فما أخرجه الحازمي بسنده إلى جابر « خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى غرة تبوك ، حتى إذا كنا عند العقبة مما يلي الشام جاءت نسوة فذكرنا تمتعنا منهن وهن يظنن في رحالنا ، فجاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فنظر إليهن وقال : من هؤلاء النسوة ؟ قلنا : يارسول الله نسوة تمتعن منهن ، فغضب رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى احمرت وجنتاه وتعر وجهه ، وقام فينا خطيبا فحمد الله وأثنى عليه ثم نهى عن المتعة ، فوادعنا يومئذ الرجال والنساء ولم نعد ولا نعود إليها أبدا » وابن عباس صرح رجوعه بعد ما أشهر عنه من إباحتها ، فما ذكر من رجوعه أن عليا قال له : إنك رجل تائه وإن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن متعة النساء . وفي صحيح مسلم « أن عليا رضى الله عنه سمع ابن عباس يلين في متعة النساء فقال : تمهلا يا ابن عباس ، فإني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عنها يوم خيبر ، وعن لحوم الحمر الإنسية » . وهذا ليس صريحا في رجوعه بل في قول علي له ذلك ، ويدل على أنه لم يرجع حين قال له على ذلك ما في صحيح مسلم عن عروة بن الزبير « أن عبد الله بن الزبير قام بمكة فقال : إن ناسا أمى الله قلوبهم كما أمى أبصارهم يقتضون بالمتعة يعرض برجل فناداه فقال : إنك بلبل جاف ، فلعمري لقد كانت المتعة تفعل في عهد إمام المتقين » . ويريد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال له ابن الزبير : فجرب نفسك ، فوالله لئن فعلتها لأرجنك بأصجارك » الحديث ، ورواه النسائي أيضا ، ولا تردد في أن ابن عباس هو الرجل المعترض به وكان رضى الله عنه قد كتب

ابن شهاب عن عبد الله والحسن بن محمد بن علي عن أبيهما عن علي بن أبي طالب « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن متعة النساء يوم خيبر ، وعن أكل لحوم الحمر الإنسية » . وقال في الملبوبة : ولا يجوز النكاح إلى أجل قريب أو بعيد وإن سمى صداقا وهذه المتعة . وأقول : يجوز أن يكون هيس الأئمة الذي أخذ منه المصنف قد اطلع على قول له على خلاف ما في الملبوبة ، وليس كل من يروى حديثا يكون واجب العمل بل يجوز أن يكون عنده ما يعارضه أو يرجح عليه والنكاح الموقت باطل مثل أن يتزوج امرأة بشهادة شاهدين إلى عشرة أيام . . والذي يفهم من عبارة المصنف في الفرق بينهما شيان : أحدهما وجود لفظ يشارك المتعة في الاشتقاق كما ذكرنا آنفا

وقال زفر رحمه الله : هو صحيح لازم لأن النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة : ولنا أنه أتى بمعنى المنة والعبرة في العقود للمعاني ،

بصره ، فلذا قال ابن الزبير كما أعمى أبصارهم ، وهذا إنما كان في خلافة عبد الله بن الزبير وذلك بعد وفاة علي ، فقد ثبت أنه مستمر القول على جوازها ولم يرجع إلى قول علي ، فالأولى أن يحكم بأنه رجع بعد ذلك بناء على ما رواه الترمذي عنه أنه قال : إنما كانت المنة في أول الإسلام ، كان الرجل يقدم البيلة ليس لها معرفة فيتزوج المرأة بقدر ما يرى أنه مقيم فتحفظ له متاعه وتصلح له شأنه ، حتى إذا نزلت الآية - إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم - قال ابن عباس : فكل فرج سواهما فهو حرام اهـ . فهذا يحمل على أنه اطلاع على أن الأمر إنما كان على هذا الوجه فرجع إليه أوحكامه ، وقد حكى عنه أنه إنما أباحها حالة الاضطراب والفتن في الأسفار . أسند الحازمي من طريق الخطابي إلى المنهال عن سعيد بن جبيرة قال : قلت لابن عباس : لقد سارت بفتياك الركبان وقال فيها الشعراء قال : وما قالوا ؟ قلت قالوا :

قد قلت للشيوخ لما طال بحبسه يا صاح هل لك في فتوى ابن عباس
هل لك في رخصة الأطراف آنسة تكون مثواك حتى يصدر الناس

فقال : سبحان الله ما بهذا أفتيت وما هي إلا كالميتة والدم ولم الخنزير لا لخل إلا المضطر اهـ . ولهذا قال الحازمي : إنه صلى الله عليه وسلم لم يكن أباحها لهم وهم في بيوتهم وأوطانهم ، وإنما أباحها لهم في أوقات بحسب الضرورات حتى حرمها عليهم في آخر سنه في حجة الوداع ، وكان تحريم تأييد لاختلاف فيه بين الأئمة وعلماء الأمصار إلا طائفة من الشيعة (قوله وقال زفر هو جائر) يعني النكاح الموقت هو أن يتزوج امرأة بشهادة شاهدين عشرة أيام ، لأن النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة بل تبطل هي ويصح النكاح ، فصار كما إذا تزوجها على أن يطلقها بعد شهر صح وبطل الشرط . أما لو تزوج وفي نيته أن يطلقها بعد مدة نواها صح ، ولا بأس بتزوج التباريات وهو أن يتزوجها على أن يكون عندها نهارا دون الليل (قوله ولنا أنه أتى بمعنى المنة والعبرة في العقود للمعاني) ولنا لو قال جعلتلك وكيفا بعد موتى انعقد وصية أو جعلتلك وصيا في حياتي انعقد وكالة ، ولو أعطى المال مضاربة وشرط الربح للمضارب كان قرضا أو لرب المال كان بضاعة : ولا يخفى أن على ما حققناه يكون الموقت من نفس نكاح المنة فلا يحتاج إلى غير إبداء النسخ في دفع قول زفر . وهذا مقتضى النظر أن يرجع قوله لأن غاية الأمر أن يكون الموقت منعة وهو منسوخ ، لكن نقول : المنسوخ معنى المنة على الوجه الذي كانت الشرعية عليه وهو ما ينبغي العقد فيه بانتهاء المدة ويتلاشى ، وأنا لا أقول به ككلك ، وإنما أقول بتعقد مؤبدا ويلغو شرط التوقيت ، فحقيقة إلغاء شرط التوقيت هو أثر النسخ . وأقرب نظير إلى هذا نكاح الشغار وهو أن يتزوج الرجلان كل مولية الآخر على أن يكون يضع كل مهرا مولية الآخر صح انتهى عنه ، وقلنا : إذا عقد ككلك صح موجبا لمهر المثل لكل منهما ولم يلزمنا النهي لأننا لم نقل به ككلك موجبا للبضعين مهريين بل على إلغاء الشرط المذكور فلم

في نكاح المنة . والثاني شهود شاهدين في النكاح الموقت مع ذكر لفظ التزويج أو النكاح وأن تكون المدة معينة (وقال زفر هو صحيح لازم) لأن التوقيت شرط فاسد لكونه مخالفا لمقتضى عقد النكاح ، والنكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة (ولنا أنه أتى بمعنى المنة) بلفظ النكاح لأن معنى المنة هو الاستمتاع بالمرأة لا بقصد مقاصد النكاح وهو موجود فيها نحن فيه لأنها لا تحصل في مدة قليلة (والعبرة في العقود للمعاني) دون الألفاظ ، ألا ترى

ولا فرق بين ما إذا طالت مدة التأقيت أو قصرت لأن التأقيت هو المعين لجهة المتعة وقد وجد

يلزمنا التنبه ، فقول زفر مثل هذا سواء . وأما قياسه على ما لو تزوجها على أن يطلقها بعد شهر فأصل منضم إلى أصول شئ مما اشترط فيه من النكاح شرط مخالف لمقتضى العقد . وكونه غير صحيح من حيث إنه إنما عقد مؤبدا ولذا إذا انقضت المدة لانتهى النكاح بل هو مستمر إلى أن يطلقها ينفع بما ذكرنا مما يوجب أن أثر التوقيت في إبطاله مؤقتا لا في إبطاله مطلقا . فإن قلت : فلو عقد بلفظ المتعة وأراد النكاح الصحيح المؤبد هل ينعقد أو لا ؟ وإذا لم ينعقد هل يكون من أفراد المتعة ؟ فالجواب لا ينعقد به النكاح وإن قصد به النكاح وحضره الشهود ، وليس من نكاح المتعة لأنه لم يذكر فيه توقيت بل التأيد ، وإنما كان كذلك لأنه لا يصلح مجازا عن معنى النكاح لما في المبسوط من أنه لا يقيد ملك المتعة كالإحلال . قال : فإن من أحل لغيره طعاما أو أذن له أن يتمتع به لا يملكه وإنما يتلفه على ملك المبيع ، فكل ذلك إذا استعمل هذا اللفظ في موضع النكاح لا يثبت به الملك اه . معنى اتنى طريق المجاز الذى بيناه في أول كتاب النكاح ، والله سبحانه أعلم (قوله ولا فرق بين ما إذا طالت المدة أو قصرت) نرى لرواية الحسن عن أبي حنيفة أنها إذا سميا مدة لا يعيشان إليها صح لتأبيده معنى . قلنا : ليس هذا تأييدا معنى بل توقيت بمدة طويلة والمبطل هو التوقيت ، وقوله لأنه المعين لجهة المتعة يؤيد ما قلناه من أن النكاح الموقت من أفراد المتعة . هذا وإذا اناسق الكلام إلى أن الشرط الفاسد وهو اشتراط ما ليس بمقتضى العقد لا يبطل النكاح بل يبطل هو ناسب أن يقرن به الكلام في اشتراط الخيار في النكاح ، فإذا تزوج على أنه بالخيار أو هو صح النكاح وبطل الخيار عندنا بناء على أن شرط الخيار كالحزل لأن المازل قاصد للسبب غير راض بحكمه أبدا وشارط الخيار غير راض بحكمه في وقت مخصوص . فإذا لم يمنع الحزل ثبوت حكمه للحديث ثلاث جدهن جد وهزهن جد : النكاح ، والطلاق ، والرجعة ، وقد أسلفنا تحريمه ، فشرط الخيار أولى أن لا يمنعه ، وإذا لم يمنع ثبوت حكمه وهو الملك من حين صدور العقد كان اشتراط الخيار شرطا فاسدا فيبطل . وأما خيار الرؤية فحقيقته لا تتوقف على اشتراطه في موضع يثبت كالبيع ، بل إذا اشترى ما لم يره ثبت له الخيار بلا اشتراط والنكاح ينعقد بلا رؤية إجماعا فلا يتصور ثبوته فيه ، ولو فرض اشتراط خيار الفسخ إذا رآها كان شرطا فاسدا فيبطل ، وأما خيار العيب فلا يثبت لأحدهما في الآخر إذا وجد معيبا بمرض أو جذام أو رقق أو قرن أو عقل أو جنون أو مرض فالحج أو غيره أيا كان عند أبي حنيفة وأبي يوسف سوى عيب الجلب والعمنة فيه على ما يأتي في باب خلافه لاشافى في العيوب الخمسة القرن والرتق والجنون والجذام والبرص ، ولحمد في الثلاثة الأخيرة إذا كانت بحيث لا تطبق المقام معه حيث يثبت لها خيار الفسخ . لنا ما روى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال لقي تزوجها فوجد بكسحها يياضا الحق بأهلك وهذا من كتابات الطلاق ، بل لا يبعد عنه من صراحه في حرف العرب بالاستقراء فصرف أنه لا فسخ عن عيب

أن الكفالة بشرط برائة الأصيل حوالة والحوالة بشرط مطالبة الأصيل كفالة . وقوله (ولا فرق بين ما إذا طالت مدة التأقيت أو قصرت) احتراز عن قول الحسن بن زياد إنما إن ذكرنا من الوقت ما يعلم أنها لا يعيشان إليه كرامة سنة أو أكثر كان النكاح صحيحا لأنه في معنى التأيد ، وهو رواية عن أبي حنيفة . وجه الظاهر أن التأقيت معين لجهة المتعة ، فإن قوله تزوجك للنكاح ومقتضاه التأيد لأنه لم يوضع شرعا إلا لذلك ولكنه يحتمل المتعة ، فإذا قال لى عشرة أيام عين التوقيت جهة كونه متعة معنى ، وفي هذا المعنى المدة القليلة والكثيرة سواء . واستشكل هذه المسئلة بما إذا شرط وقت العقد أن يطلقها بعد شهر فإن النكاح صحيح والشرط باطل ، ولا فرق بينها وبين ما نحن

(ومن تزوج امرأتين في عقد واحدة وإحداهما لا يخل له نكاحها صح نكاح التي يخل نكاحها وبطل نكاح الأخرى) لأن المبطل في إحداهما ، بخلاف ما إذا جمع بين حر وعبد في البيع لأنه يبطل بالشروط الفاسدة وقبول العقد في الحر شرط فيه ، ثم جميع المسمى لتي يخل نكاحها عند أبي حنيفة رحمه الله ، وعندهما يقسم على مهر مثلها

وحجتنا أيضا قول ابن مسعود : لاترد الحرة عن عيب : وعن علي قال : إذا وجد بامرأته شيئا من هذه العيوب فالنكاح لازم له إن شاء طلق وإن شاء أمسك . والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضى الله عنهم ، فمن عمر أنه أثبت الخيار ، وحمله على خيار الطلاق بعيد فإن ذلك ثابت لا يحتاج إلى نقل لإثبات عمر إياه ، وقول محمد أرجح فيما يظهر ، فإن ما ذكرنا من طريق التخلص بالطلاق وما أفادته هذه الدلائل إنما هو في شخص الرجل ، فلما المرأة فلا تقدر عليه وهي محتاجة إلى التخلص وأمورة بالقرار قال صلى الله عليه وسلم « فر من المجهول فرارك من الأسد » والكلام في المسئلة طويل الدليل في المبسوط وغيره يحتمل أنظارا لنا بصدها إذ ليست من مسائل الكتاب بل المقصود تتمم الفائدة بالفروع المناسبة ، وكذا لو شرط أحد الزوجين على الآخر السلامة من تلك العيوب أو من العمى والشلل والزمانة أو شرط صفة الجمال فوجد بخلاف ذلك لا خيار له في الفسخ . ومن هذا وكثيرا ما يقع لو تزوجها بشرط أنها بكر فإذا هي ثيب فلا خيار له ، بل إن شاء طلق ، وثبت أحكام الطلاق قبل النحول أو بعده (قوله ومن تزوج امرأتين في عقد واحدة وإحداهما لا يخل له) لرضاع أو قرابة محرمة (صح نكاح الحلة وبطل نكاح الحرمة ، بخلاف ما إذا جمع بين حر وعبد في البيع) حيث لا يصح في العبد لأن قبول العقد في الحر شرط فاسد في بيع العبد فيبطله ، وهنا المبطل ينص الحرمة والنكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة (قوله ثم جميع المسمى لتي يخل نكاحها عند أبي حنيفة . وعندهما يقسم على مهر مثلها) كان يكون المسمى ألفا ومهر مثل الحرمة ألفان والحلة ألف فيلزم ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلاث درهم لتي صح نكاحها ويسقط الباقي ، ولو كان دخل بالتي لا يخل فالمدكور في الأصل أن لها مهر مثلها بالفا ما بلغ والألف كلها للمحلة ، قال في المبسوط : وهو الأصح على قول أبي حنيفة . وما ذكر في الزيادات فهو قولهما أن لها مهر مثلها ولا يجاوز حصتها من الألف ،

فيه . وأجيب بأن الفرق بينهما ظاهر لأن الطلاق قاطع للنكاح فاشترطه بعد شهر لينقطع به دليل على وجود العقد مؤبدا ، ولهذا لو مضى الشهر لم يبطل النكاح فكان النكاح صحيحا والشرط باطلا . وأما صورة الزرع فالشرط إنما هو في النكاح لا في قاطعه ، ولهذا لو صح التوقيت لم يكن بينهما بعد مضى المدة عقد كما في الإجارة . قال (ومن تزوج امرأتين في عقد واحدة) هذه المسئلة من الأصل أي من المبسوط وصورتها ظاهرة . ومسئلة البيع تأتي في البيوع . وقوله (وعندهما يقسم على مهر مثلها) يعني إذا كان المسمى ألفا مثلا ينظر إلى مهر مثلها ويقسم المسمى عليها ، فإصاب حصص التي لا يخل يسقط عن الزوج ، وما أصاب حصص الأخرى ثبت عليه . لما أنه قابل المسمى بالبيضين وكل ما كان مقابلا بشيئين فلإنما يلزم إذا سلما لمن قابل ولم يسلم ههنا إلا أحدهما فلا يلزمه إلا حصته ، كما لو خاطب امرأتين بالنكاح على ألف فلجابت إحداهما دون الأخرى . ولأن حنيفة أن ضم ما لا يخل إلى ما يخل في النكاح . كضم الجدل إلى المرأة فيه في أن كل واحد منهما ليس بمحل للنكاح ، ولو فعل ذلك وسمى كان المسمى كله للمرأة ، فكذلك ههنا لمن يخل ، بخلاف ما إذا خاطبهما بالنكاح لألتهما قد استويا في الإيجاب ، حتى لو أجبنا صح نكاحهما جميعا فيثبت انقسام البذل بالمساواة في الإيجاب . فإن قيل : إذا لم تكن محلا للنكاح أصلا ولم تلخل تحت العقد وجب أن يحد إن دخل بها . ولا يحد عنده . أجيب بأن عدم الحد باعتبار

وهي مسألة الأصل (ومن ادعت عليه امرأة أنه تزوجها وأقامت بينة فجعلها القاضي امرأته ولم يكن تزوجها وسعها المقام معه وأن تدمع بجماعها) وهذا عند أبي حنيفة هو قول أبي يوسف أولا، وفي قوله الآخر وهو قول محمد لا يسعها أن يطأها وهو قول الشافعي لأن القاضي أخطأ الحجة إذ الشهود كذبوا فصار كما إذا ظهر أنهم عبيد

ولو كان صبح نكاحهما انقسمت الألف على مهر مثلها اتفاقا (قوله وهي مسألة الأصل) مثل هذا اللفظ يقصد به الإحالة على ذلك الكتاب لتتبع متعلقات المسئلة منه. وحاصل المذكور لهما فيه أن المسمى قوبل بالضمين ولم يسلم، وكل ما قوبل بشيئين ولم يسلم فاللازم حصة السلم. بيان تقرر الكبرى شرعا ما لو اشترى عبيدين بألف. فإذا أحدهما مدبر أو مخاطب امرأتين بالنكاح بألف فأجابت إحداهما دون الأخرى بل مانحن فيه أولى فإن الحرمة دخلت في العقد عنده ولذا لا يحد بوطئها مع العلم بالحرمة عنده ومن ضرورة دخولها انقسام البذل. وله منع كلية الكبرى بل المضموم إلى المحلة إما محل أولا، ففي الأول ينقسم وفي الثاني لا، كما لو ضم جدرا أو حمارا فإن الكل فيه للمحل والضم لغو وضم الحرمة كذلك، فإن حكم النكاح الحل، فالحرمة ليست بمحل فلم تدخل والمدبر مال فهو محل، ولذا لو قضى القاضي يجوز بيعه فله فيدخل في العقد ثم يستحق نفسه بحق الحرية، وسقوط الحد عنده في وطء الحرمة المعقود عليها من حكم صورة العقد، وسنبين وجهه إن شاء الله تعالى في كتاب الحدود لأن حكم انعقاده والانقسام من حكم الانعقاد. والانقسام في مخاطبتين للاستواء في الإيجاب للمحلية، فلنهما لو أجبنا صبح نكاحهما معا وانقسم عليهما. هذا وقد ادعى أن ما في الزيادات من أنه لو دخل بالثي لا محل كان لها مهر مثلها لا يجاوز حصتها من الألف قول أبي حنيفة، فاستشكل بأنه فرع دخولها في العقد، ودفع بأنه قولها لا قوله في الأصح، وقوله يجب مهر مثلها بالثا مبالغ، وب تقدير التسليم فللمنع من الجائزة لمجرد التسمية ورضائها بالقدر المسمى لا بدخولها في العقد. فأما الانقسام للاستحقاق فباعتبار الدخول في العقد، فالتى تحمل هي المختصة بذلك فالكل لها. وقد يورد أيضا على قوله إن لها مهر مثلها بالثا مبالغ أن عدم الدخول في العقد يقتضي أجنيبتها عنه، فبأى وجه يجب مهر مثلها وهو فرع الدخول في عقد فاسد؟ ويجاب بأن وجوبه بالثا الذي وجب به ذره الحد وهو صورة العقد. ويورد على قولها أيضا كيف وجب لها حصتها من الألف بالدخول وهو حكم دخولها في العقد ثم يجب الحد، ولا يجتمع الحد والمهر؛ ولا غلص إلا بتخصيصهما الدعوى فيجب الحد لانقضاء شبهة الحل والمهر للانقسام بالدخول في العقد (قوله ومن ادعت عليه امرأة) لقب المسئلة أن القضاء بشهادة الزور في العقود والنسوخ ينفذ عند أبي حنيفة ظاهرنا إذا كان مما يمكن القاضي إنشاء العقد فيه، فلو ادعى نكاح امرأة. أو هي ادعت النكاح أو الطلاق الثلاث كذبا وبرهنا زورا ف قضى بالنكاح أو الطلاق نفذ ظاهرا، فطالب المرأة في الحكم بالقسم والوطء والنفقة، وبأطنا فيحل له وطؤها وإن علم حقيقة الحال، ولها أن تمكته. وقولنا

ظاهر صورة العقد. وقوله (ومن ادعت عليه امرأة أنه تزوجها) هذه المسئلة من الجامع الصغير، وهي ملفقة بين الفقهاء بأن قضاء القاضي بشهادة الزور في العقود والنسوخ عند أبي حنيفة ينفذ ظاهرا وبأطنا. ومعنى نفوذه ظاهرا نفوذه فيما بيننا بثبوت التكوين والتفقة والقسم وغير ذلك، ومعنى نفوذه بأطنا ثبوت الحل عند الله تعالى. وأما في الأملاك المرسلة والميراث فإنه ينفذ ظاهرا لا بأطنا بالإجماع. وأما في الحب والصدقة؛ فمن أبي يوسف فيه روايتان: في رواية ألحقها بالاشربة والأنكحة من حيث أنه يحتاج فيه إلى الإيجاب والقبول وفي أخرى ألحقها بالأملاك المرسلة، وما ذكره في الكتاب من تحرير المذهب واضح. قالوا (القاضي أخطأ الحجة إذ الشهود كذبوا)

أو كفار. ولأبي حنيفة أن الشهود صدقة عنده وهو الحجة لتصلر الوقوف على حقيقة الصديق، بخلاف الكفر والرك لأن الوقوف عليهما متيسر، وإذا اُبتى القضاء على الحجة وأمكن تنفيذه باطنا بتقديم النكاح نفذ قطعاً للمنازعة،

إذا كان مما يمكن القاضي إنشاؤه يخرج ما إذا كانت معتدة الغير أو مطلقته ثلاثاً فادعى أنه تزوجها بعد زوج آخر ونحو ذلك بما لا يقدر القاضي على إنشاء العقد فيه. أما الحجة والصدقة في نفاذ القضاء بهما باطنا وابتان إذا ادعى كذباً. وجه المانة أن القاضي لا يملك تملك مال الغير بلا عوض، وقول أبي حنيفة هو قول أبي يوسف الأول وفي قوله الآخر وهو قول محمد لا ينفذ باطناً فلا يسه أن يطأها إذا ادعى كذباً، وإذا كان مدعى عليه يطلقها وهو قول الشافعي وكما لا يحل للثاني لا يحل للأول فبما إذا ادعت الطلاق الثلاث كذباً فحضى به وتزوجت آخر عند محمد وعند أبي حنيفة محل للثاني لا للأول لأن القاضي يملك التطليق على الغير أحياناً، بخلاف المعتدة وأنها، وكذا الاختلاف في دعوى الفسخ بأن ادعى أحد المتبايعين على صاحبه ففسخ البيع كذباً وبرهن زوراً ففسخ القاضي بنفسه البيع ويحل للبايع وطوئها لو كانت أمة، وكذا لو ادعى بيع الأمة منه ولم يكن باعها فحضى بها القاضي لمدهى الشراء حلت له، وكذا في دعوى العتق والنسب. وجه تمسكهما في الكتاب ظاهر. وأيضاً القضاء إما إمضاء لعقد سابق أو إنشاء لأصبح الأول لعدم سابق، ولا الثاني لأنه لا إيجاب ولا قبول ولا شهود. ولأبي حنيفة أن القاضي مأمور بما في رسمه، وإنما في رسمه القضاء بما هو حجة عنده وقد فعل وهذا يقيد أن القاضي لو علم كذب الشهود لا ينفذ، ولما لم يستلزم ما ذكر النفاذ باطناً إذ القدر الذي توجه الحجة وجوب القضاء وهو لا يستلزم النفاذ باطناً إذا كان مخالفاً للواقع وهو محل الخلاف زاد قوله (وإذا اُبتى القضاء على الحجة وأمكن تنفيذه باطناً بتقديم النكاح ينفذ) فأفاد اختيار أحد شقي ترديدتهما وهو أنه إنشاء والمنع أنه يثبت الإنشاء اقتضاء للقضاء بتقديمه عليه، وأفاد بذلك جوابهما عما أبطل به هذا الشق من عدم الإيجاب والقبول والشهود، فإن ثبوته على هذا الوجه يكون ضمناً، ولا يشترط للضمنيات ما يشترط لها إذا كانت قصديات، على أن كثيراً من المشايخ شرطوا حضور الشهود للقضاء للنفاذ باطناً ولم يشترطه بعضهم وهو أوجه، ولو أنها أبطلت هذا الشق بدم التراضي من الجانبين لم يندفع بذلك، ولما كان المقضى ما ثبت ضرورة صحة غيره ولم يظهر وجه احتياج صحة القضاء إلى تقديم الإنشاء إلا إذا افتقرت صحته إلى نفاذه باطناً وليس مفتقراً إليه لثبوته مع انقضائه في الأملاك المرسلة حيث يصح ظاهراً لا باطناً زاد قوله (قطعاً للمنازعة) يعني أن المقصود من القضاء قطع المنازعة، ولا تنقطع فيما نحن فيه

والخطأ في الحجة يمنع من التفوذ باطناً كما إذا ظهر أنهم عبيد أو كفار (ولأبي حنيفة أن الشهود صدقة عند القاضي) لأن الفرض أنه لم يطلع على شيء مما يجرّتهم ومثل هذه الشهود هو الحجة المعبرة في الشرع (لتصلر الوقوف على الصديق حقيقة) لأن ذلك أمر باطن لا يعلمه إلا الله، فلو اشترط ذلك للقضاء لما أمكن القضاء أصلاً، وإذا وجدت الحجة الشرعية نفذ الحكم ظاهراً وباطناً (بخلاف الكفر والرك لأن الوقوف عليهما متيسر) بالأمارات. فإن قيل: القضاء إظهار ما كان ثابتاً لا إثبات ما لم يكن والنكاح لم يكن ثابتاً فكيف ينفذ القضاء باطناً؟ أشار إلى الجواب بقوله (بتقديم النكاح) يعني تقديم النكاح على القضاء بطريق الاقتضاء كأنه قال أنكحتك إياه وحكمت بينكما بذلك (قطعاً للمنازعة) فيحل له أن يطأها ثلاثاً تنازعه في طلب الوطء ثانياً. وسألني بعض أذكىاء المغاربة حين قدم مصر حاجاً سنة سبع وأربعين وسبع مائة عن هذه المسئلة طاعناً في المذهب. فأجبت بقولهم هذا قطعاً للمنازعة، فقال: قطع المنازعة لم ينحصر في الوطء فبطلتها فإنه غلص عن المنازعة مع البراءة عن عهدة وطء

إلا بتفنيده باطنا ، إذ لو بقيت الحرمة تكررت المنازعة في طلبها الوطء أو طلبه مع امتناع الآخر لعلمه بحقيقة الحال فوجب تقديم الإنشاء فكان القاضى قال زوجتكها وقضيت بذلك كقولك هو حر في جواب أعتق عبدك عني بألف حيث يتضمن البيع منه . وذكر الشيخ أكل الدين أن بعض من حضر عنده من المجاورة منع المحصر وقال يمكن قطع المنازعة بأن يطلقها ، قال فأجبت ما تريد بالطلاق ، الطلاق المشروع أو غيره لأعبره بغيره ، والمشروع يستلزم المطلوب إذ لا يتحقق إلا في نكاح صحيح . قال شيخنا مراج الدين : ليس بجواب صحيح ، إذ له أن يريد به الطلاق غير المشروع ، وكونه لأعبره به في كونه طلاقا صحيحا لا يضر ، إذ قد ثبت بملك أن قطع المنازعة الواجب لا يتوقف على التنفيذ باطنا ليوجب التنفيذ باطنا بل تحقق طريق آخر لقطع المنازعة وهو أن يتلفظ بلفظ الطلاق فلم يجب التنفيذ باطنا حيث أنه لم يكن له موجب سوى انحصار طريق قطع المنازعة فيه وظهر أنه لم ينحصر . والحق أن قطع المنازعة ينتهى سببا بتنفيذ باطنا فيا إذا كان هو المدعى لأنها لا تقدر على التخلص بلفظ الطلاق لا فيا إذا كانت هي المدعية لما ذكر ، ففيه قصور عن صور المدعى وهو النفاذ باطنا في العقود والفسوخ . والذي روى عن علي رضي الله عنه وهو أن رجلا أقام بينة على امرأة أنها زوجته بين يدي علي فقضى على بملك . فقالت المرأة : إن لم يكن لي منه بد يا أمير المؤمنين فزوجني منه ، فقال : شاهدك زوجك ، ينص ما إذا انحصر قطع المنازعة في التنفيذ باطنا فإنه لو لم ينقد باطنا لأجابها فيا طلبت للحقيقة التي عندها . والأوجه أن يراد بالمنازعة في قوله قطعا المنازعة اللجاج المؤدى إلى الضرر أعم من كونه عند القاضى أو لا فتناول ما إذا لج الأول في طلبها باطنا بأن يأتيها بقصد جماعها كرها أو بإسرها وذاك لعلمه بحقيقة الحال والخل الباطن . وفي هذا بعد كونه منقضا مفسدا للقتال والفك لكونه عرضة له باطلاع الزوج عليه قبح اجتماع زوجين على امرأة أحدهما سرا والآخر جهرا ، وكل من الأمرين ينبو عن قواعد الشريعة فلا تنقطع المنازعة على المعنى الذى ذكرناه من الأهمية إلا بالحكم بالنفاذ باطنا وثبوت الحرمة في نفس الأمر بفسخ القاضى فهم الصور ثم على المبتدئ بالدعوى الباطلة وإثباتها بالطريق الباطل إثم ياله من إثم غير أن الوطء بعد ذلك في حل ، وقول أبي حنيفة أوجه ، وقد استدل على أصل المسئلة بدلالة الإجماع على أن من اشترى جارية ثم ادعى فسخ بيعها كذبا وبرهن فقضى به حل للبائع وطؤها واستخدامها مع علمه بكذب دعوى المشتري مع أنه يمكنه التخلص بالعتيق وإن كان فيه إتلاف

لم يسقه محل ، قلت : تعنى بالطلاق طلاقا مشروعا أو غير مشروع ، لا سبيل إلى الثاني لعدم الاعتداد بما ليس بمشروع فبين الأول وهو يقضى النكاح لأحالة ، وإيمانا في هذه المسئلة على . فإنه روى أن رجلا ادعى على امرأة نكاحا بين يدي علي وأقام شاهدين يقضى بالنكاح بينهما فقالت المرأة : إن لم يكن يد يا أمير المؤمنين فزوجني منه ، فقال علي : شاهدك زوجك . ولو لم ينقد العقد بينهما بقضائه لما امتنع من العقد عند طلبها ورغبة الزوج فيها ، وقد كان في ذلك تحصيلها من الرنا وكان ذلك منه قضاء بشهادة الزور . فإن قيل : هذا إنما يتم إذا جعل قضاءه بمنزلة إنشاء العقد وذلك يقتضى أن يشترط حضور الشهود عند قوله قضيت عملا بقوله عليه الصلاة والسلام « لا نكاح إلا بشهود » . أجيب بأن بعض مشايخنا ذهبوا إلى ذلك والإيمان همس الأئمة السرخسي : وآخرين منهم قالوا : إنشاء النكاح لا يثبت مقصودا وإنما يثبت مقضى صحة قضائه في الباطن والمقضى لا تراعى شرائطه التي يثبت بها لو كان مقصودا كما في قوله أعتق عبدك عني بألف درهم وهو الجواب عن سقوط الإيجاب

بمخلاف الأملاك المرسلة لأن في الأسباب تراخا فلا إمكان :

(باب الأولياء والأقضاء)

ماله لأنه أبطل بأمرين فعليه أن يختار أحدهما وذلك ما يسلم له فيه دينه (قوله بمخلاف الأملاك المرسلة) أي المطلقة عن تعيين سبب الملك بأن ادعى الملك في هذا الشيء ولم يعين سببا فإن القضاء به قضاء بالبد ليس غير التزام الأسباب : أي تعددها فلا يمكن القاضي تعيين بعضها دون بعض إذ لم نعلم بحجة بخصوصه ، بمخلاف ما عين السبب فيه ووقعت الشهادة على تعيينه ، والله سبحانه أعلم .

(باب الأولياء والأقضاء)

أولى الشرائط المتفق عليها غالبا للشرط المختلف فيه وهو عقد الولي . والولي العاقل البالغ الوارث ، فخرج الصبي والمعتوه والعبد والكافر على المسئلة . الولاية في النكاح نوعان : ولاية تدب واستحباب وهو الولاية على البالغة العاقلة بكرة كانت أو ثيبا ، وولاية إجبار وهو الولاية على الصغيرة بكرة كانت أو ثيبا ، وكلتا الكبيرة المعتوهة والمرفوعة . وثبتت الولاية بأسباب أربعة : بالقرابة ، والملك ، والولاء ، والإمامة . وافتتح الباب بالولاية المنسوبة نفيًا لوجوبها لأنه أمر مهم لاشتغال الوجوب في بعض الديار وكثرة الروايات عن الأصحاب فيه واختلافها . وحاصل ما عن علمائنا رحمهم الله في ذلك سبع روايات : روايتان : عن أبي حنيفة يجوز مباشرة البالغة العاقلة عقد نكاحها ونكاح غيرها مطلقا إلا أنه خلاف المستحب وهو ظاهر المنع ، ورواية الحسن عنه إن عقدت مع كفء جاز ومع غيره لا يصح ، واختبرت للفتوى لما ذكر أن كم من واقع لا يرفع وليس كل ولي يحسن المرافعة والخصومة ولا كل قاضي يعدل ، ولو أحسن الولي وحل القاضي فقد يترك أفة للتردد على أبواب الحكام واستقلال للنس الخصومات فيقرر الضرر فكان منعه دفعا له . وينبغي أن يقيد عدم الصحة المتي به بما إذا كان لها أولياء أحياء لأن عدم الصحة إنما كان على ماوجه به هذه الرواية دفعا لضررهم فإنه قد يتقرر لما ذكرنا ، أما ما يرجع إلى حقها فقد سقط برضاها بغير الكفء على ما سياتي إن شاء الله تعالى في فصل الكفأة

والقبول . وقوله (مخلاف الأملاك المرسلة) أي المطلقة عن إثبات سبب الملك بأن ادعى ملكا مطلقا في البحارية أو الطعام من غير تعيين بشرء أو إرث حيث لا يتخذ القضاء إلا ظاهرا بالاتفاق حتى لا يحمل للمقضى له وطرها (لأن في الأسباب تراخا) فلا يمكن تنقيده . بيانه أن في الأسباب كثرة ولا يمكن القاضي تعيين شيء منها بدون الحجة فلم يكن مخاطبا بالقضاء بالملك وإنما هو مخاطب بقصريد المدعى عليه عن المدعى وذلك نافذ منه ظاهرا ، فأما أن يتخذ باطنا بمنزلة إنشاء جديد فليس بقادر عليه بلا سبب شرعي ، بمخلاف النكاح فإن طريقه تعيين في الوجه الذي قلنا فيمكنه إثباته وتنقيده .

(باب الأولياء والأقضاء)

أخر بيان الأولياء والأقضاء عن بيان المحرمات وإن كانا شرطي النكاح لأن حل محل النكاح شرط جوازه بالاتفاق ، بمخلاف الأولياء والأقضاء والمتفق عليه أولى بالتقديم ، وتحرير المذهب على ما ذكره في الكتاب وأوضح

(باب الأولياء والأقضاء)

(قوله لأن حل محل النكاح) أقول : دليل لقوله آخر بيان الأولياء والأقضاء عن بيان المحرمات (قوله بمخلاف الأولياء والأقضاء) المتفق عليه أول بالتقديم) أقول : ويجوز أن يقال بيان المحرمات ماله إلى رفع الموانع ولعلم له تقدم .

(وينتقد نكاح الحرة العاقلة البالغة برضاها) وإن لم يعقد عليها ولي بكرا كانت أو ثيبا عند أبي حنيفة (وأبي يوسف) رحمه الله (في ظاهر الرواية. وعن أبي يوسف) رحمه الله أنه لا ينتقد إلا بولي. وعند محمد ينتقد وقوفا) وقال مالك والشافعي رحمه الله. لا ينتقد النكاح بعبارة النساء أصلا لأن النكاح يراد لمقاصده والتفويض إليهن غل بها، إلا أن محمدا رحمه الله يقول: يرتفع الخلل بإجازة الولي:

وعن أبي يوسف ثلاث روايات: لا يجوز مطلقا إذا كان لها ولي ثم رجع إلى الجواز من الكفء لامن غيره، ثم رجع إلى الجواز مطلقا من الكفء وغيره. وروايتان من محمد: انعقاده موقوفا على إجازة الولي إن أجازته نفذ وإلا بطل، إلا أنه إذا كان كافا وامتنع الولي يجزئ القاضي العقد ولا يلتفت إليه، ورواية رجوعه إلى ظاهر الرواية. فتحصل أن الثابت الآن هو اتفاق الثلاثة على الجواز مطلقا من الكفء وغيره، هذا على الوجه الذي ذكرناه عن أبي يوسف من ترتيب الروايات عنه وهو ما ذكره السرخسي، وأما على ما ذكره الطحاوي من أن قوله المرجوع إليه عدم الجواز إلا بولي، وكذا الكرخي في مختصره حيث قال: وقال أبو يوسف: لا يجوز إلا بولي وهو قوله الأخير فلا، ورجح قول الشيعين لأنها أقدم وأعرف بمذهب أصحابنا، لكن ظاهر الهداية اعتبار ما نقله السرخسي والتحويل عليه حيث قال عند أبي حنيفة (وأبي يوسف في ظاهر الرواية وعن أبي يوسف الخ. وعلى المختار للفتوى لو زوجت المطلقة ثلاثا نفسها بغير كف) ودخل بها لا عمل للأول، قالوا: ينبغي أن تحفظ هذه المسئلة فإن المخلل في الغالب يكون غير كفء، وأما لو باشر الولي عقد المخلل فلها عمل للأول، وإذا جاز من غير الكفء على ظاهر المذهب فلولي أن يفرق بينهما على ما ذكره في فصل الكفاءة إن شاء الله تعالى. وقال الشافعي رحمه الله: لا ينتقد بعبارة النساء أصلا أصيلة كانت أو وكيلة (قوله لأن النكاح) شروع في الاستدلال لقول الشافعي ومالك، وهوان النكاح لا يراد لذاته بل لمقاصده من السكن والاستقرار لتحصيل النسل

وأما وجه من لم يجوز به بدون الولي كأبي يوسف في غير ظاهر الرواية ومالك والشافعي فما قال (لأن النكاح يراد لمقاصده والتفويض إليهن غل بها) لأشهن سريعات الاعتراضات الاختيار لأسيا عند التوقان. وهو مردود بما إذا أخذ لها الولي كما اختاره محمد فإن الخلل يتجبر به فكان الواجب الجواز حيث قلدهم لا يقولون به. وأيضا المسمى أن النكاح لا ينتقد بعبارة النساء، فالدليل المطابق لبيان الخلل في العبارة والاعتذار بأن هذا التعليل تعليل

(قال المصنف: وينتقد نكاح الحرة العاقلة البالغة برضاها) أقول: أي يعقدها اللدال على رضاها (قال المصنف: وإن لم يعقد عليها. ول) أقول: ولم يأذن ولا يبيح أن يراد لم يعقد عليها تيسيرا ومباشرة تأبل (قوله وهو مردود بما إذا أخذ لها الولي كما اختاره محمد رحمه الله) أقول: قال ابن حجر في شرح البخاري: وتثبت بأن إذن الولي لا يصح إلا لأن يتوب عنه، والمرأة لا تتوب عنه في ذلك لأن الحق لها، ولو أذن لها في النكاح نفسها صادرت كن أذن لها في البيع من نفسها ولا يصح له ولا يفتي عليك ومن هذا الكلام، فإن النكاح عقد على منافع البيع فتصير هي بالإذن كالمتأذن له بأن يجوز نفسه فأصل. قال الجلال المحل الشافعي في شرح المنهاج «لأزوج المرأة نفسها» بإذن من وليها ولا دين إذنه «ولا غيرها بوكالة» من الولي ولا بولاية «ولا تقتل نكاحا لأخيه» بولاية ولا بوكالة قطعا لها من هذا الباب، إذ لا يليق بمسكن العادات دعواها فيها قصد منها من الهاء وحكم ذكره أصلا، وقد قال الله تعالى - لرجال قوامون على النساء - وتقدم جفت «لانكاح إلا بولي» وروى ابن ماجه حديث «لأزوج المرأة ولا المرأة نفسها» وأمرجه المنار قسقي بإسناد على شرط الشيخين أم. أقول: في قوله قطعا لها الخ بحث (قوله وأيضا المسمى أن النكاح لا ينتقد الخ) أقول: إذا تأملت أدنى تأمل ظهر لك أن هذا الوجه لا ينافي الأول في المال هكذا قيل.

ووجه الجواز أنها تصرفت في خالص حقها وهي من أهله لكونها عاقلة مميزة ولهذا كان لها التصرف في المال ولها اختيار الأزواج ،

وتربيته ولا يتحقق ذلك مع كل زوج ، والتفويض إليهن محل بهذه المقاصد لأنهن سريعات الاعتراض سيئات الاختيار فيخترن من لا يصلح خصوصاً عند غلبة الشهوة وهو غالب أحوالهن ، فصارت الأنوثة مظنة قصور الرأي لما غلب على طبيعتهن مما ذكرنا ، فاستلزم هذا التقرير كون علة ثبوت الولاية في النكاح الأنوثة ، ولا شك أنه قاصر عن عموم الدعوى فإنها لو عقدت بإذن الولي لها في رجل معين كقول محمد لا يصح عندهم ، والوجه المذكور لا يشملها ، ونحن نمنع عليه الأنوثة ونهيا عن المباشرة ندب كمي لانتساب إلى الوقاحة ، بل العلة ليست إلا

أن لا يفرض إليهن أمر النكاح مطلقاً من غير نظر إلى أن يأذن الولي أو لا غير دافع لانتهاء المطابقة. وأما وجه من جوزه فهو (أنها تصرفت في خالص حقها وهي من أهله لكونها عاقلة مميزة ، ولهذا كان لها التصرف في المال ولها اختيار الأزواج) بالاتفاق ، وكل تصرف هذا شأنه فهو جائز بلا خلاف . فإن قلت : لاسلم أنها تصرفت خالص حقها بل في حق يتعلق به حق الأولياء ولهذا لا يجوز إذا لم يكن بكف . في رواية . قلت : لافرق في ظاهر الرواية فلا يرد عليه ، وأما على رواية الحسن عن أبي حنيفة فالجواب أن المراد بخالص حقها ما كان من الموضوعات الأصلية التي ترتب على النكاح من تمليك منافع بضمها واستيجاب المهر والثقة والكسوة والسكنى ونحوها ، وكل ذلك خالص حقها فلا يعتبر بالمعارض من حقوق العار للأولياء . فإن قيل : هذا استدلال بالرأي في مقابلة الكتاب والسنة ومثله فاسد . أما الكتاب فقوله تعالى - فلا تمضونهن أن يکفن أزواجهن - نهى الولي عن المضل وهو المنع ، وإنما يتحقق منه المنع إذا كان المنوع في يده . وأما السنة فما روي في السنن عن ابن جريج عن سليمان ابن موسى عن الزهري عن عروة عن عائشة قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : إني أرا امرأة نکحت بغير إذن وليها فنکاحها باطل باطل باطل ، فالجواب أن الآية مشتركة الإلزام لأنه نهاهم عن منعهم عن النكاح فذلك على أنهم يملكونه ، وأن قوله تعالى - فلا جناح عليهن فيما فعلن في أنفسهن - وقوله - حتى تنكح زوجاً غيره -

ولكن لا يعلق ملكه أن في الجواز يكون الولي أمر ونهيه بمبارئته أمر آخر ، فالرد الأول يدل على أبي يوسف رحمه الله أيضاً بخلاف الثاني (قوله لانتهاء المطابقة) أقول : فيه بحث ، فإنه إن أراد انتهاء المطابقة على تقرير المصنف فلا خير ، وإن أراد انقضاء ما لو مضى للمطل فغير مسلم (قوله وأما وجه من جوزه فهو أنها تصرفت في خالص حقها وهي من أهله الخ) أقول : أنت غير بأن الحكم يمنع ويخرج في أصلها لهذا التصرف ويقول لم يصلها فأشاع أهله ، وقوله لكونها عاقلة بالغ لا يدل عليه ، فإن العلة المال البالغ كذلك وهو محصور عن كثير من التصرفات ، وبين المال والبعض فرق (قوله قلت لافرق في ظاهر الرواية فلا يرد عليه) أقول : أنت غير بأن المنع مخرج به إلى الروايتين ظاهرهما وغير ظاهرهما ، ولا يتحقق في ذلك قوله ولهذا لا يجوز الخ فإنه تنوير للسنة والمنع يتم بهونه ، ألا يرى أن قول حق التسبيح في ظاهر الرواية ، فلم يصلح به حق لما كان كذلك (قوله فإن قيل هذا استدلال على قوله : وأما الكتاب فقوله تعالى - فلا تمضونهن أن يکفن أزواجهن - نهى الولي عن المضل وهو المنع الخ) أقول : وهذا الاستدلال مبني على ما يصح إذا كان الخطاب في التمضون للأولياء وهو منوع ، بل الخطاب للأزواج كمن لا ينفق شرط بلا جزء ، والتفصيل المشيع في التفسير الكبير للإمام فخر الدين الرازي (قوله وإنما يتحقق منه المنع إذا كان المنوع في يده) أقول : إن أراد إذا كان المنوع في يده شرحاً فليس كذلك منه الحكم ، فإن البهي متعها يقتضي المشروعية على ما يجب وتفصيله في البهي القاسم ، إلا أن يكون جراحهم الإلزام وهو بعيد ، وإن أراد غير ذلك فلا يفيده ولا يفرنا (قوله فالجواب أن الآية مشتركة الإلزام) أقول : ويرد أيضاً أن واحداً من طعن الاستدلالين لا يدل على مطلوب الحكم من علم الاستعداد بمبارئته (قوله وإن قوله تعالى - فلا جناح عليهن فيما فعلن في أنفسهن -) أقول : أي فيما فعلن في أنفسهن بالمرور ، وترتيباً نفسياً (٣٣ - فتح القدير ج ٢ - ٣)

وإنما يطالب الولي بالتزويج كي لا تنسب إلى الواقعة، ثم في ظاهر الرواية لا فرق بين الكف وغيره الكف، ولكن للولي الاعتراض في غير الكف.

الصغر على ما سمين، والمفصلة المذكورة ليست لازمة لمباشرتها ولا غالبية، ولا يناط الحكم بالأنوثة إذ ليست ملزمة دائماً ولا غالباً كما هو شأن المظنة، ومجرد الوقوع أحياناً لا يوجب المظنة، وإذا وجد فالولي رفعه، وكون ولي يمتنع عن ذلك قليل بالنسبة إلى من يقوم في دفع العار المستمر عن نفسه، فوقوع المفسدة قليل وتقريرها بعد وقوعها قليل في قليل فانضت المظنة، وبني أنها تصرفت في خالص حقها وهي من أهله لكونها عاقلة بالغة، ولهذا كان لها اختيار الأزواج فلا تزوج ممن لا ترضاه. ثم استشعر أن يورد عليه منع أنه خالص حقها وإلا لم يطالب الولي به. فأجاب بأنه إنما يطالب الولي به كي لا تنسب إلى الواقعة. وهذا كلام على السند وهو غير مفيد إلا لو ساوى وهو منتف. فإن له أدلة أخرى سمعية هي المولود عليها وهي قوله تعالى - فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن - نهي الأولياء عن منعهن من نكاح من يخترنه، وإنما يتحقق المنع ممن في يده المنوع وهو الإنكاح، وما في السنن عن عائشة رضي الله عنها أنه صلى الله عليه وسلم قال «أما امرأة أنكحت نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل فنكاحها باطل فنكاحها باطل» حسنة الترمذي. وقوله صلى الله عليه وسلم «لا نكاح إلا بولي» رواه أبو داود والترمذي وابن ماجه وأحاديث أخر في ذلك. والجواب؛ أما الآية فعناها الحقيقي انتهى عن منعهن عن مباشرة النكاح هذا هو حقيقة لا نمنعهن أن ينكحن أزواجهن إذا أريد بالنكاح العقد. هذا بعد تسليم كون الخطاب للأولياء وإلا فقد قيل للأزواج فإن الخطاب معهم في أول الآية - وإذا طلقتم النساء فلا تعضلوهن - أي لا نمنعهن حاسباً بعد انقضاء العدة أن يتزوجن، ويوافقها قوله تعالى - حتى تنكح زوجاً غيره - لأنه حقيقة

وقوله - أن ينكحن أزواجهن - يطرأها. وأما الحديث فساقت الاعتبار لأن ابن جريج سأل الزهري عنه فلم يعرفه، وفي رواية فأنكره، ولأن عائشة عملت بخلافه تزوجت بنت أخيها عبد الرحمن من المنذر بن الزبير، وذلك يدل على نسخه، ولأنه معارض بقوله عليه الصلاة والسلام «الأم أحق بنفسها من وليها» والأيم اسم لامرأة لا زوج لها بكراً كانت أو أئيباً، هذا هو الصحيح عند أهل اللغة، وإذا كان الكتاب والسنة متعارضين ترك المصنف الاستدلال بهما للجائين وصار إلى المعقول، وهو مروي عن عمر وعلى وعبد الله بن مسعود. وقوله (وإنما يطالب الولي بالتزويج) جواب عما يقال إذا تصرفت في خالص حقها فلم أمر الولي بالتزويج إذا طلبته، وأنى حاجته لها إلى طلب التصرف من الولي في خالص حقها. ووجه أنها مباشرة هذا التصرف تنسب إلى الواقعة فجعل التصرف من الولي في خالص حقها واجبا عليه صيانة لها عن النسبة إليها. وقوله (ولكن الولي الاعتراض في غير الكف) يعني إذا لم تلد من الزوج. وأما إذا ولدت فليس للأولياء حق التسخير كي لا يضيع الولد عن

من الكف. قيل بالمعروف فوجب أن يصح (قوله وقوله أن ينكحن أزواجهن يطرأها) أقول: فإن الله تعالى أضاف النكاح إليهن إضافة الفعل إلى قاعله ولا تصرف إلى مباشرة (قوله ولأن عائشة عملت بخلافه) أقول: قال الشيخ الإمام حله الدين كتركان في كتابه المسنى بالمعروف التي في الرد على البيهقي: ثم إن عائشة الرواية الصحيحة مخالفة لما سمي ذكره البيهقي فهذا الباب وكذلك الزهري أيضاً روى الحديث ثم خالفه قال صاحب الاسطى كان: كان الزهري يقول: إذا تزوجت للمرأة بغير إذن وليها جاز، وهو قول الشيخ وأبي حنيفة وزفر (قوله) وذلك يدل على نسخه (قوله) بل يدل على خطئه فوجهه.

وعن أبي حنيفة وأبي يوسف رجهما الله أنه لا يجوز في غير الكفاءة

إستناد الفعل إلى الفاعل . وأما الحديث المذكور وما عمنه من الأحاديث فعارضة بقوله صلى الله عليه وسلم « الأيم أحق بنفسها من وليها » رواه مسلم . وأبو داود والترمذي والنسائي ومالك في الموطأ . والأيم : من لا زوج لها بكراً كانت أو ثيباً . في كتاب الأمثال لأبي عبيدة في أمثال أكثم بن صيفي : كل ذات بعل سليم . يضرب لتحول الزمن بأهله ، وأنشد قول الأول :

أفأعلم إلى هالك فتيتي ولا تجزعى كل النساء تليم

وجه الاستدلال أنه أثبت لكل منها ومن الولي حقاً في ضمن قوله أحق ، ومعلوم أنه ليس أولى سوى مباشرة العقد إذا رضيت وقد جعلها أحق منه به ، فبعد هذا إما أن يجرى بين هذا الحديث . وماروا حكم المعارضة والرجوع أو طريقة الجمع ، فعلى الأول يرجع هذا بقوة السند وعدم الاختلاف في صحته ، بخلاف الحديثين فإنهما إما ضعيفان فحديث « لانكاح إلا بولي » مضطرب في إسناده في وصله واقتطاعه وإرساله قال الترمذي : هذا حديث فيه اختلاف ، وسُمي جماعة منهم إسرائيل وشريك ، رَوَاهُ عَنْ أَبِي إِسْحَاقَ عَنْ أَبِي بَرْدَةَ عَنْ أَبِي مُوسَى الْأَشْعَرِيِّ عَنْ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ . ورواه أسباط بن محمد وزيد بن حبان عن يونس بن أبي إسحاق عن أبي بردة عن أبي موسى . ورواه أبو عبيدة الخدّاد عن يونس بن أبي إسحاق عن أبي بردة ولم يذكر فيه عن أبي إسحاق فقد اضطرب في وصله واقتطاعه . وقد روى شعبة وسفيان الثوري عن يونس بن أبي إسحاق عن أبي بردة عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ، وهذا اضطراب في إرساله لأن أبا بردة لم يره النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وشعبة وسفيان أمبسط من كل من تقدم . قال : وأسند بعض أصحاب سفيان عن سفيان ولا يصح ثم أسند إلى شعبة قال : سمعت سفيان الثوري يسأل أبا إسحاق أصحمت أبا بردة يقول : قال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ « لانكاح إلا بولي » قال نعم . ولا يخفى أن هذا الكلام إزاي ، أما على رأينا فلا يضر الإرسال ، وحديث عائشة رضي الله عنها عن ابن جريج عن سليمان بن موسى عن الزهري عن عروة عن عائشة رضي الله عنها وقد أنكره الزهري . قال الطحاوي : وذكر ابن جريج أنه سأل عنه ابن شهاب فلم يعرفه ، حدثنا بذلك ابن أبي عمير : حدثنا يحيى بن معين عن ابن حلية عن ابن جريج بذلك . وإما حستان بناء على أن الأصح في الأول . وصله لأن الوصل والرفع مقدمان على الوقف والإرسال عند التعارض على الأصح وإن كان شعبة وسفيان أحفظ من غيرهما ، لكن حكاية شعبة تنفيدهما سمعاه من أبي إسحاق في مجلس واحد ظاهراً وبغيرهما معاً منه في مجالس . وفي الثاني أن الثقة قد ينسب الحديث ولا يبعد قادمه في صحته بعد عدالة من روى عنه وثقته . ولذلك نظرنا أشهرها ما روي أن ربيعة ذكر لسبليل بن أبي صالح

يربيه ، قال في النهاية : ولكن في مبسوط شيخ الإسلام : وإذا زوجت المرأة نفسها من غير كف . فعلم الولي بذلك فسكت حتى ولدت أولاداً ثم بدله أن يخافهم في ذلك فله أن يفرق بينهما ، لأن السكوت إنما جعل رضا في حق النكاح في حق البكر نصاً بخلاف التماس ، قال : كلما كان مكتوباً بخط شيخنا . وقوله (وعن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه لا يجوز في غير الكفاءة) يعني لدفع ضرر العار عن الأولياء . قال فليس الأئمة : وهذا أقرب إلى

(قوله لأن السكوت إنما جعل رضا في حق النكاح) الأول : سقوط حق النكاح لم يكن بطل السكوت رضا بل لتلاخيص الولد عن يديه كما لا يخفى .

لأنكم من واقع لا يرفع . ويروى رجوع محمد إلى قولهما . (ولا يجوز للولي إجبار البكر البالغة على النكاح)
خلافًا للشافعي رحمه الله . له الاعتبار بالصغيرة وهما لأنها جاهلة بأمر النكاح لعدم التجربة

حديثًا فأنكره ، فقال له ربيعة : أنت حدثتني به عن أبيك فكان سهيل يقول بعد ذلك حدثني ربيعة عنى ، اللهم
إلا أن يقال هذا في علم التكذيب ، أما إذا كذبه بأن يقول ما رويت ذلك فخصوا في الأصول على رده . وفي
حكاية ابن جريج إجماع إلى ذلك في رواية ابن عدى في الكامل إياها في ترجمة سليمان بن موسى حيث قال : قال
ابن جريج : فقلت الزهرى سألت عن هذا الحديث فلم يعرفه ، فقلت له : إن سليمان بن موسى حدثنا به عنك ،
قال : فأتيت على سليمان خيرا وقال : أخشى أن يكون وهم على "هـ" . فهذا اللفظ في عرف المتكلمين من أهل العلم
يفيد معنى نفيه بلفظ النفي . وأما ما مضى به من أن عائشة رضى الله عنها روايته عمات بخلافه على مافى الموطأ عن
عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه عن عائشة رضى الله عنها أنها زوجت حفصة بنت عبد الرحمن من المنذر بن الزبير
وعبد الرحمن غالب بالشأم فلما قدم عبد الرحمن قال : ومثلي يقتات عليه في بناته ، فكلدت عائشة رضى الله عنها
المنذر بن الزبير فقال : إن ذلك بيد عبد الرحمن ، وقال عبد الرحمن : ما كنت لأرد أمرا قضيت ، فاستمرت حفصة
عند المنذر ولم يكن ذلك طلاقا فأول على معنى أنها أذنت في التزويج ومهدت أسبابه ، فلما لم يبق إلا العقد أشارت
إلى من يلي أمرها عند غيبة أبيها أن يعقد ، يدل على ذلك ما روى عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه قال : كانت
عائشة رضى الله عنها تخطب إليها المرأة من أهلها فتشهد ، فإذا بقيت عقدة النكاح قالت لبعض أهلها : زوج
فإن المرأة لا تلي عقد النكاح . وفي لفظ : فإن النساء لا ينكحن . أسنده البيهقي عنه . وعلى كلا التقديرين فالتقدمة
للسحيح ، وهو ما رواه مسلم وأبو داود والترمذي والشافعي ومالك في الموطأ وهو ما استدللنا به . وعلى الثاني
وهو إعمال طريقة الجمع لبيان محل عومه على الخصوص وذلك سابق ، وهذا يخص حديث أبي موسى بعد
جواز كون النفي للكمال والسنة ، وهو محمل قوله فإن النساء لا تلي ولا ينكحن في رواية البيهقي . ويأتى يراد بالولي
من يتوقف على إذنه ، أى لانكاح إلا بمن له ولاية لينى نكاح الكافر السالمة والمعنوة والأمة والعبد أيضا ، لأن
النكاح في الحديث عام غير مقيد . وعلى هذا التأويل يتم العمل بالحديث الجامع باشتراط الشهادة والولي وهو
ما قلناه من رواية ابن حبان في فصل الشهادة ، ويخص حديث عائشة بمن نكحت غير الكفاء ، والمراد بالباطل
حقيقته على قول من لم يصحح ما باشرته من غير كف أو حكه على قول من يصححه . وثبت للولى حق
الخصوصية في فسخه ، كل ذلك سابق في إطلاقات النصوص ويجب ارتكابه لدفع المعارضة بينها . على أنه يخالف
ملهمهم ، فإن مفهومه إذا أنكحت نفسها بإذن وليها كان صحيحا وهو خلاف ملهمهم ، والله سبحانه أعلم .
فثبت مع المنقول الوجه المعنوى وهو أنها تصرفت في خالص حقها وهو نفسها وهى من أهل كمال فيجب
تصحيحه مع كونه خلاف الأولى (قوله ولا يجوز للولى إجبار البكر البالغة على النكاح) معنى الإجماع أن يباشر
العقد فينفذ عليها شامت أو أبت ، ومبنى الخلاف أن علة ثبوت ولاية الإجبار هو الصغر أو اليكارة ؟ فثبتنا
الصغر ، وعند الشافعي اليكارة ، فأنهى على هذه ما إذا زوج الأب الصغيرة فدخل بها وطلقت قبل البلوغ

الاحتياط ، فليس كل ولي يحسن المرافعة إلى القاضي ، ولا كل قاض يعدل ، وهو معنى قوله (لأنكم من
واقع لا يرفع ويروى رجوع محمد إلى قولهما) يعنى يتعقد نكاحها عنده أيضا بلا ولى ولا يوقف على الإجازة .
قال (ولا يجوز للولى إجبار البكر البالغة على النكاح) إجبار البكر البالغة على النكاح لا يجوز عندنا (خلافا للشافعي)

ولهذا يقبض الأب صداقها بغير أمرها . ولنا أنها حرة مخاطبة فلا يكون للغير عليها ولاية ، والولاية على الصغيرة لقصور عقلها وقد كل بالبلوغ بدليل توجه الخطاب فصار كالغلام وكالتصرف في المال ،

لم يجز للأب تزويجها عنده حتى تبلغ فتشاور لعدم البكارة . وعندنا له تزويجها لوجود الصغر . وحاصل وجه قوله أنه ألحق البكر الكبيرة بالبكر الصغيرة في ثبوت ولاية إجبارها في النكاح بجماع الجهل بأمر النكاح وعاقبته . ونحن ننتج أن الجهل بأمر النكاح هو العلة في الأصل بل هو معلوم الإلغاء للقطع بجوازه عند البيع والشراء من جهله لعدم الممارسة ، مع أن الجهل منتف لأن قلما تجهل بالغة معنى عقد النكاح وحكمه وبهذا يسقط ما يمكن أن يقال ليكن الجهل حكمة تعليق الحكم بالصغر كما ذكرتم ، لكن يجوز تعدية الحكم باعتبار الحكمة المفردة إن وجدت على المختار ، بل تعليق الحكم في الأصل بالصغر المتضمن لقصور العقل المخرج له عن أهلية أن يرجع إليه في رأى أو يلتفت إليه في أمر ونهى ، وهذا الذى ظهر أثره في التصرفات من البيع والشراء والإجارة والاقضاء وغيرها من سائر التصرفات اتفاقا ، على أن الخلاف في الحكمة المفردة الظاهرة المنضبطة . وظاهر كلام الفريقين هناك أن ذلك لم يتحقق في الشرع بعد . ثم لا يخفى أن الجهل غير منضبط بل يختلف باختلاف الأشخاص فلا يعتبر أصلا . بل المظنة والكلام فيها أهى البكارة أو الصغر قلنا بالصغر . أما البكارة فعلوم إلغاؤها من الصريح والدلالة ونوع من الاقضاء ومقصود الشرع . أما الصريح ففي سنن أبي داود والنسائي وابن ماجه ومسنده الإمام أحمد من حديث ابن عباس رضى الله عنهما أن جارية بكرا أتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكرت أن أباه تزوجها وهي كارهة فقهرها النبي صلى الله عليه وسلم « وهذا حديث صحيح ، فإنه عن حسين : حدثنا جرير عن أيوب عن عكرمة عن ابن عباس ، وحسين هو ابن محمد المروزي أحد المخرجين لم في الصحيحين . وقول البيهقي إنه مرسل لرواية أبي داود إياه من حديث محمد بن عبيد عن حماد بن زيد عن أيوب عن عكرمة مرسل ، ونقل ابن أبي حاتم عن أبيه تحطئة الوصل لرواية حماد هذه ، وابن عليه عن أيوب عن عكرمة عن النبي صلى الله عليه وسلم مرسل ، ونسبة الوهم في الوصل إلى حسين لأنه لم يروه عن غيره مرسود . أما أولا فبحجة المرسل الصحيح . وأما ثانيا فقد تابع حسيننا على الوصل عن جرير سليمان بن حرب ، كما نقله صاحب التنقيح عن الخطيب البغدادي قال : غيرت حديثه . يعنى حسيننا وزالت تبعته ثم أسنده عنه قال : ورواه أيوب عن سويد هكذا عن الثوري عن أيوب موصولا . وكذلك رواه معمر بن سليمان عن زيد بن حبان عن أيوب فزال الريب وصار الحاصل أن عكرمة قال مرة : إن جارية بكرا أتت النبي صلى الله عليه وسلم فأرسل ، وذكر مرة أو مرارا الواسطة بينه وبين النبي صلى الله عليه وسلم ولا يدع في ذلك . قال ابن القطان : حديث ابن عباس هذا صحيح ، وليست هذه خضاء بنت خدام التي زوجها أبوها وهي ثيب فكرهته فرد النبي صلى الله عليه وسلم نكاحه ، فإن هذه بكر وتلك ثيب إه . على أنه روى أن خضاء أيضا كانت بكرا ، أخرج النسائي في سننه حديثها وفيه أنها كانت بكرا . ورواه عن عبد الله بن يزيد عن خضاء قالت : أنكحنى أبى وأنا كارهة وأنا بكر ، فبشكوت ذلك إلى النبي

وهو منذهب ابن أبي ليلى . له أن الصغيرة إذا كانت بكرا تزوج كرها فكلها البالغة ، والجامع بينهما الجهالة بأمر النكاح لعدم التجربة (ولهذا) أى ولكونها جاهلة بأمر النكاح (يقبض الأب صداقها بغير أمرها ، ولنا أنها حرة مخاطبة . لأن الكلام في الحرة البالغة وكل من كانت كذلك (لا يكون للغير عليها ولاية) وقوله (والولاية على الصغيرة) (جواب عن قياسه على الصغيرة بالمخارقة ، وذلك لأن الولاية على الصغيرة إنما كانت (لقصور عقلها)

صلى الله عليه وسلم . الحديث ، لكن رواية البخارى ترجح . قال ابن القطان : والدليل على أنهما ثقتان ما أخرجه الدارقطنى عن ابن عباس رضى الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم رد نكاح ثيب ويكر أنكحهما أبوهما وهما كارهتان . قال ابن القطان : وتزوجت ختساء بمن هويته وهو أبو لبابة بن عبد المنذر ، صرح به في سنن ابن ماجه فولدت له السائب بن أبى لبابة . وهذا الحديث وإن كان فيه إصاق بن إبراهيم بن جرير الطبرى وهو ضعيف لكن لم يتفرد به عن الثمارى فقد رواه عنه أيضا أبو سلمة مسلم بن محمد بن جمار للصنعائى . ووهم الدارقطنى الثمارى نفسه عن الثورى وصوب إرساله عن يحيى عن المهاجر عن عكرمة مرسل ، وعلى كل حال يتم به المقصود الذى سقناه له . وأخرج الدارقطنى عن شعيب بن إسحاق عن الأوزاعى عن عطاء عن جابر أن رجلا زوج ابنته وهى بكر من غير أمها ، فأتى النبي صلى الله عليه وسلم ففرق بينهما فلهذا عن جابر . ووهم شعيبا في رفعه قال : والصحيح أنه مرسل ، وبه يتم مقصودنا إما لأنه حجة وإما لأننا ذكرناه للإستشهاد والتقوية . وأحاديث أخر رويت عن ابن عمر وعائشة وإن تكلم فيما . وأما ما استدلوا به من قوله صلى الله عليه وسلم « الثيب أحق بنفسها من وليها » والبكر يستأمرها أبوها في نفسها « باعتبار أنه خص الثيب بأنها أحق ، فأفاد أن البكر ليست أحق بنفسها منه فاستفادة ذلك بالمفهوم وهو ليس حجة عندنا ، ولو سلم فلا يعارض المفهوم الصريح الذى ذكرناه من رده ، ولو سلم فنفس نظم باقى الحديث يخالف المفهوم وهو قوله صلى الله عليه وسلم « والبكر يستأمرها » البغ ، إذ وجوب الاستئثار على ما يفعله لفظ الجبر مناف للإجبار لأنه طلب الأمر أو الإذن ، وفائدته الظاهرة ليست إلا ليستعلم رضاها أو علمه فيعمل على وفقه ، هذا هو الظاهر من طلب الاستئذان فيجب البقاء معه وتقديمه على المفهوم لو عارضه . والحاصل من لفظ إثبات الأحقية للثيب بنفسها مطلقا ، ثم أثبت مثله للبكر حيث أثبت لها حق أن تستأمر ، وغاية الأمر أنه نص على أحقية كل من الثيب والبكر بلفظ يخصها كأنه قال : الثيب أحق بنفسها والبكر أحق بنفسها أيضا ، غير أنه أفاد أحقية البكر بإخراجها في ضمن إثبات حق الاستئثار لها . وسببه أن البكر لا تختطب إلى نفسها عادة بل إلى وليها ، بخلاف الثيب ، فلما كان الحال أنها أحق بنفسها وخطبتها تقع للولى صرح بإيجاب استئثاره بإياها فلا يفتات عليها بزواجها قبل أن يظهر رضاها بالخاطب ، ويعضد هذا المعنى الرواية الأخرى الثابتة في صحيح مسلم وأبى داود والترمذى والنسائى ومالك فى الموطأ « الأيم أحق بنفسها من وليها » والبكر تستأذن في نفسها ، وإذنها صيحتها » والأيم من لا زوج لها بكرا كانت أو ثيبا على ما ذكرناه قريبا فلما صريحة في إثبات الأحقية للبكر ثم تخصيصها بالاستئذان وذلك لما قلناه من السبب وبه تنقش الروايتان ، بخلاف ما مشوا عليه فإنه إثبات المعارضة بينهما وتخصيص المنطوق وهو الأيم لإعمال المفهوم ، مع أن باقى نفس رواية الثيب ظاهرة في خلاف المفهوم على ما قررناه وصريح الرد الذى صرح عنه صلى الله عليه وسلم كما مر ، فلا يجوز العلول عما ذهبنا إليه في تقرير الحديث خصوصا وهو جمع ظاهر لا بطريق الجمل والتخصيص ولا يندفعه قاعدة لغوية ولا أصلية وفي سنن النسائى عن عائشة رضى الله عنها « أنها أخبرت أن فتاة دخلت عليها

وفيا نحن فيه ليس بوجود لأنه قد كمل بالبلوغ بدليل توجه الخطاب فصار الإجبار عليها كالإجبار على الغلام ، فإن كان صغيرا جاز لقصور العقل ، وإن كان بالغ لا يجوز وصار كالنصر في المال : أى في مال البكر البالغة

وإنما يملك الأب قبض الصداق برضاها دلالة

فقلت : إن أبي زوجني ابن أخيه ليرفع خصيسته وأنا كارهة ، فقلت اجلسي حتى يأتي رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فجاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبرته ، فأرسل إلى أبيها فجعل الأمر إليها ، فقلت : يا رسول الله قد أجزت ما صنع أبي ، وإنما أردت أن أعلم النساء أن ليس إلى الآباء من الأمر شيء ، وهذا يفيد بعمومه أن ليس له المباشرة حقا ثابتا بل استحباب . وفيه دليل من جهة تقريره صلى الله عليه وسلم قولها ذلك أيضا ، وهو حديث حجة ، وما قيل هو مرسل ابن أبي بردة فالمرسل حجة وبعد التسليم فليس بصحيح ، فإن سند النسائي قال : حدثنا يزيد بن أيوب عن علي بن جراب عن كهمس بن الحسن عن عبد الله بن بريدة ، ورواه ابن ماجه : حدثنا هناد بن السرى حدثنا وكيع عن كهمس بن الحسن عن ابن بريدة عن أبيه قال : جاءت فتاة ، وحمله على أن ذلك لعدم الكفاءة خلاف الأصل مع أن العرب إنما يعتبرون في الكفاءة النسب والزواج كان ابن عمها . وأما الدلالة فلا ولاية له أن يتصرف في أقل شيء من مال البكر البالغة إلا بإذنها ، وكل المال دون النفس فكيف يملك أن يخرجها ، فسر إلى من هو أبغض الخلق إليها ويملكه رقا ، ومعلوم أن ذهاب جميع مالها أهون عليها من ذلك فهذا مما ينبو عنه قواعد الشرع . وأما الانقضاء فجميع ما في السنة من الصحاح والحسان المصرحة باستئذان البكر ومنع التفريط عليها بإذنها كما في حديث أبي هريرة « لا تنكح البكر حتى تستأذن » الحديث ، وسياق لا يعقل له فائدة إلا العمل على وفقه لاستحالة أن يكون الغرض من استئذنها أن تخالف ، فلو كان الإيجاب ثابتا لزم ذلك وعرى الأمر بالاستئذان عن الفائدة بل لزم الإحالة ، ولما لم يكن الانقضاء المصطلح قلنا فيها تقدم إنه نوع منه فظهر ظهورا لا مرد له أن لإيجاب استئذنها صريح في نفي إجبارها والولاية عليها في ذلك . وأما تحقيق مقصود شرعية المقعد فلأن المقصود من شرعيته انتظام المصالح بين الزوجين ليحصل النسل ويثري بينهما ولا يتحقق هذا مع غاية المنافرة ، فإذا عرف قيام سبب انقضاء المقصود الشرعي قبل الشروع وجب أن لا يجوز لأنه حينئذ لا يرتب عليه فائدته ظاهرا ، بخلاف ما إذا لم يكن ذلك ظاهرا ثم يطرأ بعد المقعد والله سبحانه أعلم (قوله وإنما يملك الخ) يعني أن العادة جرت بقبض الآباء أصلا الأبياء أصلها الأبياء ليجهزوهن بها مع أموال أنفسهن من غير معارضة البنات في ذلك لأبائهن ، ولا استحياء البنات من المطالبة والانقضاء فكان الإذن منهن ثابتا دلالة نظرا إلى ما ذكرنا من ذلك يبرأ الزوج بالبلغ إليه إلا أن يوجد نهيا صريحا لأن الدلالة لا تعتبر مع الصريح بخلاف متعلقها . ومن فروع قبض الأب صداقها أنه لا يملك إلا قبض المسمى حتى لو كانت بيضا لأبلى قبض السود وبالعكس لأنه استبدال ولا يملكه . قال الحلواني : هذا مذهب علمائنا . وعن علماء بلخ أهم جزوا ذلك وهو أرق بالناس . وفي الفتاوى الصغرى : وإن قبض الضياع : يعني بدل المسمى لا يجوز إلا في مكان جرت العادة فيه بذلك كما في رسائقتنا يأخذون ببعض المهر ضياعا ، هذا إذا كانت كبيرة بكرا ، فلو كانت صغيرة جاز قبض الضياع وغيرها مما يخاره لأنه بيع والأب يملك بيع مال بنته الصغيرة وفي النوازل : وإن كان في بلد يتصرفون قبض الضياع بأضعاف قيمتها جاز لأنه قبض المهر بحكم العرف وليس شراء في الحقيقة ، وللاب أن يطالب بالمهر وإن كانت الزوجة صغيرة لا يستمتع بها ، بخلاف النفقة لأنها جزء الاحتباس ، ووجوب المهر حكم نفس المقعد . والجد عند علم

فإنه لا يجوز للأب التصرف فيه . وقوله (وإنما يملك الأب قبض الصداق برضاها دلالة) جواب عن قوله ولهذا يقبض الأب صداقها . ووجه ذلك أن الظاهر أن البكر تستحق عن قبض صداقها وأن الأب هو الذي يقبض ذلك

ولهذا ليملك مع نهبها . قال (وإذا استأذنها فسكت أو ضحكت فهو إذن) لقوله صلى الله عليه وسلم « البكر تستأمر في نفسها ، فإن سكنت فقد رضيت » ولأن جنبة الرضا فيه راجحة ، لأنها تستحي عن إظهار الرغبة لاعتبار الرذ والفضحك أدل على الرضا من السكوت ، بخلاف ما إذا بكت لأنه دليل السخط والكراهة . وقيل إذا

الأب كالأب . ولا يملك غيرهما قبض المهر ولا الأم إلا بحكم الوصاية والزوجة صغيرة ، حتى لو قبضت الأم بلا وصاية فكرت البنت لها مطالبة الزوج ويرجع هو على الأم ، كذا ذكر . وفي جوامع الفقه زاد : للقاضي قبض صدق البكر صغيرة كانت أو كبيرة إلا إذا زفت . ولو طلب الأب مهرها ، أعفى البكر البالغة فقال الزوج دخلت بها : يعني فلا تملك قبضه ، لأنها خرجت عن حكم الأبكار وقال الأب بل هي بكر في منزلي فاقول قول الأب لأن الزوج يدعي حادثا بلا بينة ، فإن قال الزوج حلقه أنه لم يعلم أنى دخلت بها قال الصلح الصلح يتحمل أن يخطف وهو صواب لأن الأب لو أقر بذلك صح إقراره في حق نفسه حتى لم يكن له أن يطلب بالمهر وكانت المطالبة للبنت فكان التخليف مفيدا . قال : ورأيت في أذب الخصاف بأنه لا يخطف ، ولو طالبت الزوج فادعى دفعه للأب ولا بينة غير أن الأب أقر أنه قبضه إن كانت البنت بكرا وقت الإقرار صدق أو نيبا فلا ، لأن إقراره حالة البكارة في حال ولاية قبضه بخلاف حال الثبوتية ، ولا يشكل عدم تصديقه حال الثبوتية إذا كانت كبيرة ، فلو كانت صغيرة صدق ، ولو تزوجها صغيرة فدخل بها ثم بلغت فطلبت المهر فقال الزوج دفعته إلى أبيك وأنت صغيرة وصدقه الأب لا يصح إقراره عليها اليوم : ولما أن تأخذ المهر من الزوج ، وليس للزوج أن يرجع على الأب لأنه أقر بأنه صدقه الأب لا قال عند القبض المهر أخذه منك على أن أبرأك من صدقي بقى ، فبينك له أن يرجع عليه إذا أنكرت (قوله وإذا استأذنها فسكت الخ) ظاهر حكما ودليلا ، والمراد بالسكوت الاختياري ، فلو أئذنها سأل أو عطاس أو أخذ فيها فخلعت فردت أزد ، ولا فرق بين العلم والجهل . في التجنيس : حتى لو تزوجها أبوها فسكت وهي لا تعلم أن السكوت رضا جاز ، ولو تبست يكون إذا في الصحيح ، وما حكاه بقوله وقيل إذا ضحكت كالمستزفة لا يكون رضا ، وضحك الاستهزاء لا يخفى على من يحضره ، وإذا بكت بلا صوت لا يكون ردا اختيار للفتوى . وعن أبي يوسف في البكاء أنه رضا لأنه لشدة الحياء . وعن محمد رد لأن وضعه لإظهار الكراهة . والمعول عليه اعتبار قرائن الأحوال في البكاء والضحك ، فإن تعارضت أو أشكل احتيط ، وعن هذا ما اعتبر بعضهم من أن ذموعها إن كانت حارة فهو رد أو باردة فهو رضا ، لكنه اعتبار قليل الجلوى أو عديمه ، إذ الإحساس بكيفية الذمع لا يتأبى إلا لحد الباكى ، ولو ذهب لإنسان يحسه لا يدرك حقيقة المقصود وليس بمعتاد ولا مطمئن به القلب ، إلا أنه كذا ذكر . وذكر شيخ الإسلام وغيره مسائل اعتبرت السكوت فيها رضا منها هذه ، وضمت إليها ما تيسر وقد جمعنا في هذه الآيات تسبيلا لحفظها :

سكوت بكر في النكاح وفي قبض الأبين صدقها إذن
قبض الممهلك والمبيع ولو في فاسد وإذا اشترى قن
وكذا الصبي وذو الشراء إذا كان الخيار له كلما سنوا

ليجهزها بذلك مع مال نفسه ليبعث بها إلى زوجها فكان ذلك إذا دلالة (ولها لا يملك مع نهبها) لأن الدلالة تبطل بصريح مخالفها . وقوله (وإذا استأذنها الولي) ظاهر .

مولي الأمير يباع وهو يرى
وعقيب شق الزرق أو حلف
وعقب قول مواضع غص
وبلوع جارية وزوجها
وكنا الشفيق وذو الجاهالة ق
وإذا يقول لغيره فسكت
وإذا رأى ملكا يساع له

وأبو الوليد إذا انقضى الزمن
ينق به الإسكان إذ ضنوا
أو وضع مال ذا له يزو
غير الآيين بلذك قد منوا
نسب شراه من به ضغن
هذا متاعى به يامعن
وتصرفوا زمنا ظم يذنو

قولى سكوت بكر يشمل ما قبل النكاح وما بعده : أعنى إذا زوجها فباعها فسكت ، وقبض الملك يدخل فيه الموهوب والمتصدق به إذا قبض بمرأى من الملك فسكت كان قبضا معتبرا ثبت به الملك ، وكذا المبيع ولو فى بيع فاسد إذا قبضه المشتري بمرأى من البائع فسكت. صح فيسقط حق حبس البائع إياه لو استيفاء الثمن فليس له أن يسترده بل يطالب بالثمن . وفى كتاب الإكراه لا يكون إذا صحبها فى القاسد . وإذا اشترى قن : يعنى إذا اشترى العبد شيئا بمحضرة سيده فسكت كان إذا . قال الحلواني : لكن نفس ما وقعت الروية فيه لا يجوز بل ما بعده ، والصبي إذا اشترى أو باع بمرأى من وليه فسكت كالعبد ، وذو الشراء : أى المشتري عبدا إذا كان له الخليل فرأى العبد يبيع أو يشتري فسكت سقط خياره لأن الإذن فرع نفاذ البيع . ومولى الأمير : أى العبد الذى أسر إذا ظهر على دار الحرب فوقع فى سهم مسلم كان مولاة أحق به بالقيمة ، فلو باعه من آخر ومولاه يراه فسكت بطل حقه وليس له أن يأخذه . وأبو الوليد إذا سكت ولم ينفعه حتى مضت أيام التهنئة على الخلاف فى مقدار زمنه أهو الأسبوع أو مدة النفاس لزمه فلا ينفى بعد ، والسكوت عقيب شق رجل زقه حتى سال ما فيه لا يضمن الشاق ما سال وعقيب الحلف على أن لا أسكن فلانا وفلان ساكن فيحدث ، فإن قال عقبه أخرج فأنى لم يحدث . وعقيب قول مواضع أى رجل وأضع غيره على أن يظهر بيع تلجئة ثم قال بدا أن أن أجعله يبعنا ناقدًا بمسجم من الآخر فسكت ثم عقد كان ناقدًا . وعقيب وضع رجل متاعه بمحضرة وهو ينظر إليه يكون قبولاً للوديعة فيلزمه حفظها ويضمن بتركه . والشفع إذا بلغه بيع ما شفع فيه فسكت كان تساميا ، وذو الجهالة : أى مجهول السب إذا بيع فسكت فهو إقرار بالرق فلا يقبل دعواه الحرية إلا ببينة ، زاد الطحاوى فى اعتبار سكوتة رضا . وقيل له قم مع سيديك فقام . وإذا يقول رجل لغيره بعت متاعى فسكت ثم باعه بعد يكون سكوتة قبولاً للوكالة فلا يكون بيع فضولى ، وليس من فروع هذه مافى الجوامع : لو استأمر بنت عمه لنفسه وهى بكر بالغة فسكت تزوجها من نفسه جاز ، لأنه صار وكيلًا بسكوتها . وإذا رأى ملكا له متقولا أو عقارا يباع فسكت حتى قبضه المشتري وتصرف فيه زمانا سقط دعواه إياه ذكره فى منية الفقهاء وغيرها ، بخلاف ما لو كان سكوتة عند مجرد البيع فإنه لا يكون رضا اعترافا بأن لا حق فيه عندنا خلافا لابن أبى ليلى . والى ردّها مسألة الوديعة ، والاستبراء يفيد عدم

ضحكت كالمنهزة بما سمعت لا يكون رضا، وإذا بكت بلا صوت لم يكن ردا. قال (وإن فعل هذا غير ولى) يعنى استأمر غير الولى (أو ولى غيره أولى منه) لم يكن رضا حتى تتكلم به (لأن هذا السكوت لقلة الالتفات إلى كلامه فلم يقع دلالة على الرضا، ولو وقع فهو محتمل، والاكتفاء بمثله للحاجة ولا حاجة في حق غير الأولياء، بخلاف ما إذا كان المستأمر رسول الولى لأنه قائم مقامه، ويعتبر في الاستئثار تسمية الزوج على وجه تقع به المعرفة لتظهر رغبته فيه من رغبته عنه

الجهر وهذه المشهورة المحصورة (قوله وإن فعل هذا) أى الاستئذان (غير ولى) بأن كان الأب كافرا أو عبدا أو مكاتباً (أو ولى غيره أولى منه) كالأخ مع الأب (لم يكن) سكوتها ولا ضحكها (رضا) بل نطقها به وهذا يشمل رسول الولى فأخرجه آخرها بقوله، بخلاف ما إذا كان المستأمر رسول الولى لأنه قائم مقامه فيكون سكوتها عند استئذانه رضا. وعن الكرخي: يكتفى سكوتها وإن كان استأمر أجنبياً لأن استئثارها منه أكثر منه مع الولى. قلنا: السكوت فيه له ظاهر آخر وهو قلة الالتفات إلى كلامه فصار محتملاً على السواء فلم يقع دلالة على الرضا إلا للحاجة وهى تنلغ باعتباره مع الأولياء لأنهم هم الزوجون غالباً فكان اعتباره في محل الحاجة، بخلاف غيرهم إذ لا يعتبر المحتمل في غير محل الحاجة، وإنما كان حاجة لأنها لا تنطق، فلم يكتف بالمحتمل تمتلص مصالحها، وهذا يقتضى أنه مع الأولياء أيضاً محتمل على السواء، وينافيه قوله لأن جنية الرضا فيه غالبية فكان الأولى الاقتصاد على قوله فلم يقع دلالة على الرضا. وقول المصنف: ولو وقع كان محتملاً، ظاهر العبارة: ولو وقع دلالة كان محتملاً إذ أراد احتمالاً مساوياً لم يصح جملة دلالة، وإن أراد مرجوحاً كان الرضا مظنوناً فهو دلالة فيكون كافياً مطلقاً لا يتقيد بحالة كون المستأمر ولياً. فإن قيل: يشكل على هذا الحكم المذكور إطلاق قوله صلى الله عليه وسلم وإنه أن تسكت، ونحوه من غير تعقيد بكون المستأمر ولياً. قلنا: يتقيد بالعرف والعادة وهى أن المستأذن للبكر ليس إلا الولى بل لا يخلص إليها غيره (قوله ويعتبر في الاستئثار) أى يعتبر في كون السكوت رضا في الاستئثار (تسمية الزوج على وجه تقع به المعرفة لها) إما باسمه كأزواجك من فلان أو فلان أو في ضمن العام لا كل عام نحو من جيرانى أو بنى عمى وهم محصورون معروفون لها لأن عند ذلك لا يعارض كون سكوتها رضا معارض، بخلاف من بنى تيم أومن رجل لأنه لعدم تسميته بضعف الظن. ولو زوجها بمحضرتها فسكتاختلف فيه، والأصح الصحة، وينبغي تعقيده بما إذا كان الزوج حاضراً أو عرفته قبل ذلك ولو زوجها (١) بمحضرتها بغير كف فسكت

وقوله (وإن فعل هذا) يعنى الاستئثار والاستئذان (غير ولى) وهو الأجانب أو قريب ليس بولى بأن كان كافراً أو عبداً أو مكاتباً (أو ولى غيره أولى منه) كاستئذان الأخ مع وجود الأب (لا يكون رضا حتى تتكلم به لأن هذا السكوت لقلة الالتفات إلى كلامه فلم يقع دلالة على الرضا) وقوله (ولو وقع) أى السكوت دليلاً (فهو) دليل (محتمل) محتمل الإذن والرد (والاكتفاء بمثله) في الدلالة (للحاجة ولا حاجة في حق غير الأولياء) لأنه فضولى، أو في حق ولى غيره أحق لعدم الالتفات إلى كلامه (بخلاف ما إذا كان المستأمر رسول الولى لأنه قائم مقامه) وقوله (ويعتبر في الاستئثار تسمية الزوج) يعنى إذا استأمر فلا بد أن يسمى الزوج على وجه تعرفه، أما إذا أبهم وقال إنى أزواجك رجلاً فسكت لا يكون السكوت رضا

(١) قوله (ولو زوجها) إل آخر العبارة: حله زيادة ثبتت في نسخة وسقطت من أخرى فمراد ما كتبه مستخدمه.

(ولا يشترط تسمية المهر هو الصحيح) لأن النكاح صحيح ببلونه، ولو زوجها قبلها الخير فسكت فهو على ما ذكرنا

لم يكن رضا في قول محمد بن مسلمة، وهو قول أبي يوسف ومحمد. قال الفقيه أبو الليث: وهو يوافق قولهما في الصغيرة (قوله ولا يشترط تسمية المهر) أي في كون السكوت رضا، وقيل يشترط باختلاف الرغبة باختلاف الصداق قلة وكثرة، والصحيح الأول لأن النكاح صحيح ببلونه، وصحيح في شرح الوافي أن الزوج إن كان الأب أو الجد لا يشترط ولا اشترط، لأن الأب لو نزل عن مهر المثل لا يكون إلا لمصلحة تربو عليه، فإن مسمى المهر أقل من مهر المثل لا يكون سكوتها رضا. والأوجه الإطلاق، وما ذكر من التفصيل ليس بشيء لأن ذلك في تزويجه الصغيرة بحكم الجبر، والكلام في الكبيرة التي وجبت مشاورته لها والأب في ذلك كالأجنبي لا يصدر عن شيء من أمرها إلا برضاها، غير أن رضاها يثبت بالسكوت عند عدم ما يضعف ظن كونه رضا. ومقتضى النظر أن لا يصح بلا تسمية المهر لها بل يجوز كونها لا ترضى إلا بالزائد على مهر المثل بنية خاصة: فإلم تعلم ثبوتها لا ترضى، وصحة العقد بلا تسمية هو في إذا رضيت بالتفويض وقعت بمهر المثل بدلالة زائدة على السكوت، وكون الظاهر من الأب أن لا يتركه إلا لما يربو عليه لا يقتضي رضاها بتركه لتلك المصلحة فقد لا تختار ذلك، والكلام في الذكر الكبيرة، والمسئلة المعروفة فيه من قول أبي حنيفة إنما هو في الصغيرة، أما الكبيرة فمقتضى تزويج الأب موقوف على رضاها كالكوكيل، غير أن سكوتها جعل دلالة شرعا، فإذا عارضه ترك التسمية أو تسمية الناقص صار محتملا على السواء لكونه للرضا أو لخوف الرد عليه مع علمه فلا يثبت الرضا به، وفي غيره ليس الاحتمال متساويا بل المرجح جنية الرضا، فما اكتفى إلا بالمظنون على ما ذكرناه آفا. وقد يقال: سكوتها إذا لم يسم لها الولي مهرًا مع علمها بأنه يعتبر رضا وينفذ العقد عليها تفويض ورضا بمهر المثل وبكل مهر، لكن يدفع بأن علمها بأن سكوتها رضا مع عدم التسمية بكل مهر هو محل النزاع فلا يلزم علمها. وفي التجنيس في باب ما يكون رضا وإجازة: إذا ذكر الزوج ولم يذكر المهر فسكت، إن وهبها يعني إن فوضها ينفذ النكاح، وإن زوجها بمهر مسمى لا ينفذ، لأنه إذا وهبها فقام العقد بالزوج والمرأة عالمة به، وإذا مسمى مهرًا فقام به أيضا. وهو فرع اشتراط التسمية في كون السكوت رضا، ويجب كون الجواب في المسئلة الأولى مقبلا بما إذا علمت بالتفويض تفريعا على القول الآخر (قوله ولو زوجها قبلها الخير فهو على ما ذكرنا) من أنها إن سكنت أو ضحكت بلا استبراء

(ولا يشترط تسمية المهر هو الصحيح) وقوله هو الصحيح احتراز عن قول من قال من المتأخرين لا بد من تسمية المهر في الاستبراء لأن رغبها تختلف باختلاف الصداق في القلة والكثرة. وجه الصحيح ما ذكره أن النكاح صحيح ببلونه فلا يحتاج إلى ذكره (ولو زوجها قبلها الخير فسكت فهو على ما ذكرنا) من كونه رضا. وكان محمد بن مقاتل يقول: إذا استأمرها قبل العقد فسكت فهو رضا منها بالنص، فأما إذا بلغها العقد فسكت فلا يتم العقد لأن الحاجة ههنا إلى الإجازة، والسكوت لا يكون إجازة لأن هذا ليس في معنى المنصوص عليه فإن السكوت عند الاستبراء لا يكون ملزما لمكتبتها أن ترجع قبل العقد وخير بلغها الخير يكون ملزما فلا يمكنها الرجوع فلا يلزم النكاح بمجرد السكوت، لكننا نقول هذا في معنى المنصوص لأن لما عند الاستبراء جوابين: لا، ونعم. فيكون سكوتها دليلا على الجواب الذي يحول الحياء بينها وبينه وهو نعم لما فيه من إظهار الرغبة في الرجال وهو موجود فيها إذا بلغها العقد، وهو يعني قوله لأن وجه الدلالة في السكوت لا يختلف

لأن وجه الدلالة في السكوت لا يختلف ، ثم الخبر إن كان فضوليا يشترط فيه العدد أو العدالة عند أبي حنيفة رحمه الله

أوبكت بغير صوت فهو رضا وإلا فلا . وقال ابن مقاتل : لا يكون السكوت بعد العقد رضا لأن كونه قبله رضا على خلاف القياس بالنص ، وأما بعده فالحاجة إلى الإجازة والسكوت لا يكون إجازة لأنه ليس في معنى المنصوص ، فإن السكوت عند الاستتار ليس ملزما وبعبه إذا بلغها الخبر ملزم فلا يثبت بمجرد السكوت . وعن أبي يوسف : السكوت بعد العقد رد ذكره في البدائع ، قال : وهو قول محمد ، والأصح الأول لأن وجه كون السكوت رضا لا يختلف قبل العقد وبعده ، فكما كان إذا قبله لدلالته على الرضا وجب أن يكون إجازة بعده لدلالته عليه ، ولا أثر للفرق بكونه ملزما وعلمه على أن الحق أنه ملزم في كل منهما ، غير أنه في تقدم العقد يثبت الزوم في الحال وقبله يتوقف على التزويج من المستأذن . فإن قيل : يوجه قول ابن مقاتل ورواية أبي يوسف بالنص وهو رواية الأئمة الستة عن أبي هريرة عنه صلى الله عليه وسلم قال : لا تنكح الأيم حتى تستأمر ، ولا تنكح البكر حتى تستأذن ، قالوا : يارسل الله وكيف إذن ؟ قال : أن تسكت ، فهذا صريح في منع النكاح قبل الاستئذان . فالجواب أن الاتفاق على أنها لو صرحت بالرضا بعد العقد نطقا جاز النكاح مع أنه متناول ظاهر النهي ، فلم أن الاتفاق على أن المراد بالنهي المنع عن تنفيذ العقد عليها وإبرامه قبل إذننا ، وإنما الخلاف في أن الإجازة بعد العقد بماذا تكون ، فقلنا : دل النص على كونها بما كان الإذن به قبله ، ولا يعارضه النهي المذكور بعد الاتفاق ، على أن المراد منه ما ذكرنا ، وعلى هذا فرعوا أنه لو استأذنها في معين فردت ثم زوجها منه فسكت جاز على الأصح ، بخلاف بالو بلغها فردت ثم قالت رضيت حيث لا يجوز لأن العقد بطل بالرد . فالرضا بعد ذلك بعقد مفسوخ ، ولذا استحسنا التجديد عند الزفاف فيها إذا زوج قبل الاستئذان ، إذ غالب حالهن إظهار النفرة عند فجأة السماع . وهذا والأوجه عدم الصحة لأن ذلك الرد الصريح لا يزل عن تضعيف كون ذلك السكوت دلالة الرضا ، ولو كانت قالت قد كنت قلت لا أريده ولم ترد على هذا لا يجوز النكاح للإخبار بأنها على امتناعها .

[فروع] ولو زوجها وليان مستويين كل من واحد فسكت ، فمن محمد بطلا كما لو أجازتهما معا وهو القياس لأن سكوتها رضا . وظاهر الجواب أنها يتوقضان حتى يميز أحدهما بالقول أو بالفعل ، ونقله في البدائع عن محمد فتمت حينئذ روايتان . ولو زوجها من رجل قبلها فردت ثم قالت في مجلس آخر بعد ما قال لها إن أقواما

وقوله (ثم الخبر إن كان فضوليا) اعلم أن عمل الخبر إذا كان في حقوق العباد فهو على ثلاثة أقسام : ما فيه إلزام محض كالبيع والأشربة والأملاك المرسلة ونحوها ، وما ليس فيه إلزام أصلا كالوكالات والمضاربات والرسالة في الهدايا والإذن في التجارات وما أشبه ذلك ، وما فيه إلزام من وجه دون وجه كالتنحيح فيها وأخواتها كعزل الوكيل وحجر المأخوذ وإخبار المولى بمجانبة عبده ونحوها . فالأول يشترط فيه العقل والعدالة والضيقة والإسلام والحرية مع العدد ولفظ الشهادة . والثاني يشترط فيه التمييز دون العدالة . والثالث إن كان المبلغ رسولا أو وكلا لم يشترط فيه العدالة لأنه قائم مقام غيره ، فلو أخبر الغير بنفسه لم يشترط فيه العدالة فكلها ههنا بالاتفاق ، وإن كان فضوليا يشترط فيه أحد شطري الشهادة : إما العدد أو العدالة عند أبي حنيفة ، وعندهما هو نظير القسم الثاني

(قوله وإخبار المولى بمجانبة عبده) أقول : أظهر أن يقول : وجانية لغيره .

خلافهما ، ولو كان رسولا لا يشترط إجماعا وله نظائر (ولو استأذن الثيب فلا بد من رضاها بالقول) لقوله صلى الله عليه وسلم « الثيب تشاور » ولأن النطق لا يعد عيبا منها وقل الحياء بالممارسة

يخطبوك : أنا راضية بما تفعل فروجها من الأول لا ينفلذ عليها إلا بإجازة مستقبلة لأن تقدير كلامه إذا رغبت عن فلان فإن أقواما آخرين يخطبوك فلا ينصرف رضاها الآن إلى مايم الأول ، وهذا كمن طلق امرأته ثم قال لرجل إنى كرهت فلانة فطلقها فزوجني بامرأة رضاها فروجها المطلقة لا يصح . وكلها إذا باع عبدا ثم وكل رجلا بشراء عبد فاشترى له الأول لا يصح ، ولو زوجها فبلغها فقالت لا أريد النكاح فهو رد على الأصح ، وقولها غيره أحب إلى قبل المقدرد ، وبعده إذن لأنه محتمل فلا يجوز قبل النكاح بالشك ولا يبطل بعده بالشك ، كلما في الواقعات . وقولها ذلك إليك إذن ، وقولها أنت أعلم ليس بإذن لأنه تعريب قولها أو يقاربه بالفارسية « توبه دان » ولو استأذنها فقالت لا يكون إذنا لأنه قد يذكر للتعريض لعدم المصلحة فيه . وحقيقة توبه دان أنت بالمصلحة أعبر أو بالأحسن أعلم ، وهذا اختيار الفقيه أبى الليث ، بخلاف قولها ذلك إليك فإنه إذن لأنه إنما يذكر للتوكيل ، ولا يخفى أن مسألة : غيره أحب إلى مشكلة ، ولا يخفى ضعف قوله لا يبطل بعده بالشك لأن ذلك إنما يعم بعد الصحة وهى بعد الإذن (قوله وله نظائر) كاختيار الوكيل بالزول والمأذون بالحجر والمولى بجنابة عبده ليكون يسهل وإحتاته اختيار القضاء والشفيع ببيع ما يشفع فيه وبفسخ الشركة والمضاربة وجوب الأحكام على المسلم الذى لم يهاجر فى دار الحرب إن كان المخبر رسولا لا يشترط اتفاقا ولو فاسقا أو عبدا لأنه قائم مقام المرسل فاختاره كاختياره ، وإن كان فضوليا فعلى الخلاف عنه يشترط في لزوم الحكم العدد أو عدالة الواحد ، فلو أخبر غير المهاجر بحكم شرعى لا يثبت فى حقه إلا باثنين أو عدالة الواحد (قوله وإذا استأذن الثيب) أى الكبيرة ، أما الصغيرة فلا استئذان فى حقها أصلا كالبكر الصغيرة (فلا بد من رضاها بالقول لقوله صلى الله عليه وسلم « الثيب تشاور ») ولا تكون المشاورة إلا بالقول لأنها طلب الرأى ، ثم هى مفاعلة تقتضى وجوده من الجانبين ، وفى كل من الحكم والدليل نظر . أما الدليل فلعدم دلالة على لزوم القول . سلمنا أن المشاورة طلب الرأى لكن لانسلم أنه يشترط فى إفادة الرأى فعل اللسان بل قد يفاد بغيره ولزوم القول فى حق الطالب ضرورى لامفهوم اللغة ، وحيث فكون المشاورة تستدعى جوابا باللفظ ممنوع ، واستدل بقوله صلى الله عليه وسلم فى حديث أبى هريرة السابق « لا تنكح الأيم حتى

فى اشتراط أن يكون المخبر مجزا سواء كان عدلا أو لم يكن ، وموضع ذلك أصول الفقه (ولو استأذن الثيب فلا بد من رضاها بالقول لقوله عليه الصلاة والسلام « الثيب تشاور ») وجه الاستدلال أن المشاورة من باب المفاعلة وهى تقتضى الفعل من الجانبين ، وقد وجد النطق من الولى بالسؤال فلا بد من النطق منها فى الجواب . وقيل المشاورة عبارة عن طلب الرأى بالإشارة إلى الصواب وذلك لا يكون إلا بالنطق (ولأن النطق) فى النكاح من الثيب (لا يعد عيبا) وإذا لم يعد عيبا لم يكن بمعنى النطق فى البكر لأنه يعد منها عيبا ، وإذا لم يكن فى معناه لا يلحق به ، ولأن السكوت صار رضا لتوفر الحياء ، فإن عاتشة لما أخبرت أن البكر تستحي قال عليه الصلاة والسلام « سكوتها

(قوله وذلك لا يكون إلا بالنطق) أقول : فى المصر كلام بلوازان يكون بالإشارة والكتابة (قوله وإذا لم يكن فى معناه لا يلحق به) أقول : فى عدم لزومه وقيام السكوت مقامه (قوله ولأن السكوت صار رضا لتوفر الحياء) أقول : الظاهر أنه لا فرق بين ذلك التحليلين إلا فى تسمية لا يرى لى قوله فيما يحىء تفسيراتها بالنطق فتستحي فليقبل .

فلا مانع من النطق في حقها (وإذا زالت بكارتها بوثة أو حيضة أو جراحة أو تعنيس فهي في حكم الأبكار) لأنها بكر حقيقة لأن مصيبتها أول مصيب لها ومنه الباكورة والبكرة ولائها تستحي لعدم الممارسة : (ولو زالت) بكارتها (بزنا فهي كذلك عند أبي حنيفة) وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي : لا يكتفى بسكوتها لأنها ثيب حقيقة لأن مصيبتها عائد إليها ومنه المثوبة والمثابة والتثويب ، ولأبي حنيفة أن الناس عرفوها بكرًا

تستأمر « والأمر يكون بالقول لا بغيره ، ومنع بما في السنن من حديث ابن عباس رضي الله عنهما « والبكر تستأمر في نفسها وإذنها صياها » : وأجيب بأنه خرج عن حقيقته هنا بقربة قوله « وإذنها صياها » ويوجد مثلها في الثيب فتجب حقيقته . وأصرح من هذا قوله في حديث آخر « والثيب يعرب عنها لسانها » لكن يشكل عليه أن الحكم في المذهب بخلافه وهو النظر الثاني ، بل إما به كنتم أو رضى أو بركة الله لنا أو أحسنت ، وبالدلالة كطلب المهر أو الثقة أو تمكينها من الوطء وقبول التهنئة والضحك سرورا لا استمراء ، وحينئذ فلا فرق سوى أن سكوت البكر رضا : بخلاف الثيب لا بد في حقها من دلالة زائدة على مجرد السكوت . وإلحق أن الكل من قبيل القول ، إلا التمكن فيثبت بدلالة نص لإزام القول لأنه فوق القول (قوله وإذا زالت بكارتها الخ) أي إذا زالت بوثة أو حيضة أو جراحة أو تعنيس وهو أن تصير عانساً : أي نصفاً لم تزوج ، أو خرق استنجاء أو غود أو حمل ثقيل تزوج كالأبكار اتفاقاً ، وكذا إذا فارقتها الزوج لحب أو عنة أو طلقها قبل الدخول ولو بعد الخلوة ، وهذا مما يخالف حكم الخلوة والدخول ، وكذا إذا مات بعد الخلوة قبل الدخول لأنها في هذه الصور كلها بكر حقيقة لأنها لم يصيبها مصيب . ولهذا لو أوصى بأبكار بنى فلان دخلت هذه ومنع بالجارية تباع على أنها بكر حيث ترد

رضاهما « والحياة في الثيب غير متوفرة لقلته بالممارسة (فلا مانع من النطق في حقها . وإذا زالت البكارة بوثة) وهو الوثوب من فوق (أو حيضة أو جراحة أو تعنيس) عشت الجارية وعشت عتوسا : إذا جاوزت وقت التزويج فلم تزوج (فهي في حكم الأبكار) في كون إذنها سكوتها (لأنها بكر) إذ البكر هي التي يكون مصيبتها أول مصيب ، وهذه كذلك مشتق من الباكورة وهي أول المأروم من البكرة وهي أول التمار ، ورد بأنه لو كان كذلك لما تمكن من الرد من أشرى جارية على أنها بكر فوجدناها زالة البكارة بالبوثة لأنها بكر حقيقة على ما قلتم لكن له أن يردّها . وأجيب بأن الرد باعتبار قوت وصف مرغوب فيه وهو العذرة لا لكونها غير بكر ، ولأن النطق سقط للحياة وهو موجود ههنا (لأنها تستحي لعدم الممارسة ، ولو زالت بكارتها بزنا فهي كذلك عند أبي حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي : لا يكتفى بسكوتها لأنها ثيب حقيقة) إذ الثيب من يكون مصيبتها عائداً إليها مشتق من المثوبة وهي الثواب ، وإنما سمي بها لأنها مرجوع إليها في العاقبة ، ومن المثابة وهو الموضع الذي يثاب : أي يرجع إليه مرة بعد أخرى ، ومن التثويب : وهو الدعاء مرة بعد أخرى ، وإذا كانت ثيباً فلا يكتفى بسكوتها (ولأبي حنيفة أن الناس عرفوها بكرًا) وتقريره أن الشرع يجعل السكوت رضا بطلاة الحياة على ما روينا من حديث عائشة . وإذا وجدت العلة يترتب الحكم عليها ، وههنا قد وجدت لما بينته بقوله إن الناس عرفوها بكرًا

(قوله وهذه كذلك مشتق من الباكورة) أقول : بالاشتقاق الكثير ، ثم إن اللام لكلام المستفاد أن يقول مشتق من الباكورة ، ولعله أراد التثيب على جواز القول بالاشتقاق الكثير . يا اشتقاق كل منهما من الآخر فغير (قوله مشتق من المثوبة) أقول : اشتقاقا كبيرا (قوله على ما روينا من حديث عائشة رضي الله عنها) أقول : روى ذلك قبل عشرة أسطر تخميناً ، وهو قوله « فإن عائشة رضي الله عنها لما أخبرت أن

فيعيونها بالطلق فتمتنع عنه فيكتفى بسكوتهما كى لاتمتنع عليها مصالحهما ، بخلافهما إذا وطئت بشبهة أو بنكاح فاسد لأن الشرع أظهره حيث علق به أحكاما ، أما الزنا فقد ندب إلى ستره ، حتى لو اشتهر حالما لا يكتفى بسكوتهما

إذا وجدت زائلة البكارة بوثية ونحوها ، فلو كانت بكرا لم ترد . والجواب أن البكر يقال على من لم ينسبها مصيب ، ومنه الباكورة لأول الثمار والبكرة لأول الثمار ، وعلى العلاء وهي أنص أو هي من لم ينسبها مصيب ومن أفرادها قائمة العلة فهو متواطى ، وحمل على هذا الفرد في البيع المبنى على المشاحنة فترد لفوات العلة وهي تلك الخلة . وعلى الأمم الأوسع في النكاح المبنى على التوسعة وشدة التثبيت حتى لزم من المازل والمكره وبصيغة الأمر ، بخلاف البيع . على أنه قد قيل إذا اعترف المشتري بأن زوالها بوثية لاترد ، ولأن العادة إرادة العلة في اشتراط البكارة في البيع فيقتيد بها . وأيضا لو أوصى لأبكار بنى فلان دخلت هذه . وأيضا الاستحباب قائم وإنها علة منصوبة فيثبت الحكم في مواضع وجودها بالنص ، وفيه نظر إذ الاستحباب حكمة نص عليها لا ينافي الحكم عليها لعدم انضباطها ، ولذا لو فرض أن استحباب من زالت بكارتها بزنا أشد من العلاء لاتزوج كالبكر ، وهذا لأن الحكمة وإن كانت هي المقصودة من شرع الحكم لا ينافي بها إذا كان فيها مراتب متفاوتة أو خفاء في تحققها في بعض الأحوال ، ولا ينافي إلا بظاهر ضابط لكل مرتبة وهو المسمى بالمظة فيثبت الحكم عند ثبوته من غير اللغات إلى الحكمة وجدت أو علمت ، ولو اعتبر هنا حياة البكر لأنه هو المنضبط اتحاد الحاصل إذ يستلزم قيام البكارة في ثبوت الحكم ، وإن زالت بزنا مشهور أو وطء بشبهة أو نكاح فاسد زوجت كالثيبات اتفاقا ، وإن زالت بزنا غير مشهور فهو محل الخلاف ، فعندها والشافعي تزوج كالثيب وعنده كالبكر . وجه قولهما أنها ثيب حقيقة فإن مصيبتها عائد إليها ، ومنه المثوبة لأنها جزء عمله يعود إليه . والمثابة الموضع الذي يرجع إليه حتى تدخل في الوصية للثيبات من بنات فلان . وله أنها عرفت بكرا فتمتنع عن النطق بخلافه أن يعلم زناها حياة من ظهوره ، وذلك

(فيعيرونها) وفي بعض النسخ فيعيونها (بالنطق) فتستحي (فتمتنع) من النطق وكانت العلة موجودة (فيكتفى بسكوتهما كى لاتمتنع عليها مصالحهما) وإذا ظهر هذا سقط ما قيل هذا تعليل في مقابلة النص وهو قوله عليه الصلاة والسلام : الثيب تشاوره وهو باطل لأن هذا عمل بعلة منصوب عليها لاتعليل في مقابلته . فإن قيل : لانسلم أن هدم عمل بعلة منصوب عليها لأن المنصوص عليها حياة يكون من كرم الطبيعة وذلك أمر محمود ، وهذا الحياة حياة معصية فليس من أفرادها حتى يدخل تحت النص . أجيب بأن هذا الحياة أشد لأن في الاستنطاق باختيار أنها ثيب ظهور فاحشها فكان كالضرب من التأنيب فيلحق به . قوله (بخلافهما إذا وطئت بشبهة) متصل بقوله فيكتفى بسكوتهما : يعني أن من وطئت بشبهة (أو بنكاح فاسد) لا يكون إذنها سكوتها لعلم الحياة ثمة (لأن الشرع أظهره حيث علق به أحكاما) من لزوم العلة والمهر وإثبات النسب (أما الزنا فقد ندب إلى ستره حتى لو اشتهر حالما) بإقامة الحد عليها أو لصبر ورته عادة (لا يكتفى بسكوتهما) فإن قيل : يجب أن يكتفى بسكوتهما في هاتين الصورتين

البكر تستحي قال صلى الله عليه وسلم : سكوتها وضامه (قوله لأن هذا عمل بعلة منصوب عليها لاتعليل في مقابلته) أقول : لا يخرج بكرون العلة منصوب عليها من كونه تعليل في مقابلة النص كما لا يخفى من نظر في كتب الأصول ، ثم إذا خالف الدلالة للبراءة فالنكاح العبرة كما بين في الأصول (قوله لأن المنصوص عليها حياة يكون من كرم) إلى قوله : فليس من أفراد الخ (أقول : فيه تأمل ، فإن الظاهر أن ذلك أيضا من كرم الطبيعة ، ولولا لما استثنى من الإظهار والإعلان ، ولا يجب عليها الحد جهلا المقدار (قوله فإن قيل يجب أن يكتفى بسكوتهما في هاتين الصورتين أيضا) أقول : يعني في صورة إقامة الحد وصورة صبر ورته عادة .

وإذا قال الزوج بلغك النكاح فسكت وقالت رددت فالقول قولها (وقال زفر رحمه الله : القول قوله لأن السكوت أصل والرد عارض ، فصار للمشروط له الخيار إذا ادعى الرد بعد مضي المدة ، ونحن نقول إنه يدعى لزوم العقد وتملك البضع والبراءة تدفقه فكانت منكراً ، كالمودع إذا ادعى رد الوديعة ، بخلاف مسألة الخيار لأن اللزوم قد ظهر بمضى المدة ، وإن أقام الزوج البينة على سكوتها ثبت النكاح لأنه نور دعواه بالحجة ،

أشد من حياثها بركا من إظهار الرغبة فيثبت الجواز بدلالة نص سكوت البكر ، وهذا يفيد لو كان الحياء مطلقا هو العلة لكنه حياء البكر الصادر عن كرم الطبيعة فلا يلحق به المتنازع فيه . وبه يتدفق جواب ما أورد من قوله صلى الله عليه وسلم : « لا تنكح الأيم حتى تستأمر » ، والتيب يعرب عنها لسانها من أنه عام خصص منه التيب المجنونة والأمة فيخص بما ذكرنا من جعل الشارع الحياء علة وهو موجود في الزينة ، ونفس الحبيب صرح بعده في مسألة ثبوت الولاية على التيب الصغيرة بأن الأيم من لأزوج لها وإن كانت بركا بعد ما نقل قول محمد لو أوصى لأبى بنى فلان لا تدخل الأبكار وصح دخولهن كقول الكرخي اهـ . والأولى أن القرض أن الزنا غير مشهور ، ففي إلزامها التطق دليل المنع من إشاعة الفاحشة في هذه الصورة ، والمنع يقدم عند التعارض فيجعل دليل نطق التيب فيها وراء هذه ، وأيضا الظاهر من مراد الشارع من البكر المتبر سكوته رضا البكر ظاهرا كما هو في أمثاله لا في نفس الأمر ولذا لم يوجب على الولي استكشاف حالها عند استئذانها ، أمي بكر الآن ليكني بسكوته أم لا ؟ اكتنى بالبناء على الأصل الذي لم يظهر خلافه ، والكلام هنا في ثبوت بزنا لم يظهر فيجب كونها بركا شرعا ، ولذا قلنا لو ظهر لا يكتى سكوته (قوله وإذا قال الزوج بلغك الخ) صورتها : ادعى على بكر بالغة أن ولها زوجها منه قبل استئذانها فلما باغها سكنت وقالت بل رددت فالقول لها عندنا . وقال زفر : له تمسكه بالأصل وهو عدم الكلام . ونظير هذا الخلاف الخلاف فيها إذا قال سيد العبد إن لم تدخل الدار اليوم فأنت حر ففصى اليوم وقال العبد لم أدخل وكلبه المولى فالقول قول المولى عندنا ، وعنده قول العبد ، وعنده العبارة أولى من قوله في المبسوط : إن الخلاف في مسألة النكاح بناء على الخلاف في مسألة العبد إذ ليس كون أحدهما بعينه مبنى الخلاف في الآخر بأولى من القلب بل الخلاف فيهما معا ابتداء . ووجه قوله فيهما التمسك بالأصل المتبادر وهو عدم النحول وعدم الكلام قياسا على المتفق عليه من أن المشتري بالخيار إذا ادعى بعد مدة الخيار رد البيع قبل مضيه وقال البايع بل سكت حتى انقضت فإن القول للبايع اتفاقا تمسكه بالأصل ، والشفيع إذا قال علمت بالبيع أمس وطلبت الشفعة

أيضا لأنها داخلة تحت اسم البكر في لسان الشرع وهو قوله عليه الصلاة والسلام والبكر بالبكر جلد مائة أعجيب بأن هذا قول بعض المشايخ وهو ضعيف بعيد فإن في الموطوعة بالشبهة والنكاح القاسد هذا موجود أيضا ، ولا يكتفى بسكوته بالإجماع ففرنا أن المتبر بقاء صفة الحياء . وقوله (لأن السكوت أصل والرد عارض) بناء على أن السكوت عدم الكلام ، ولا شك في تقديمه على عروض الكلام (فصار للمشروط له الخيار إذا ادعى الرد بعد مضي المدة) فإنه لا يعتبر قوله بل القول قول من يدعى لزوم العقد بالسكوت بالإجماع ، لأن السكوت أصل والرد عارض فكان القول قول من يدعى السكوت . وقوله (ونحن نقول) ظاهرا وحاصله أنه يعتبر الإنكار المعنوي وزفر يعتبر الإنكار الصوري . وقوله (بخلاف) جواب عن قياس زفر . ووجه أن يجعل القول لمن يشهد له الظاهر والزرور قد ظهر بمضى المدة فلها كان القول لساكت (وإن أقام الزوج البينة على السكوت ثبت النكاح) فإن قيل : هذه شهادة قامت على النفي لما ذكرتم أن السكوت عدم الكلام والشهادة على النفي غير مقبولة .

وإن لم تكن له بينة فلا يمين عليها عند أبي حنيفة رحمه الله وهي مسألة الاستحلاف في الأشياء الستة ، وستأتيك

وقال المشتري بل سكت القول قول المشتري ، أما لو قال طلبت الشفعة حين علمت بالبيع فالقول له ، والمروجة صغيرة من الولي غير الأب والجد إذا قالت يعد البلوغ كنت رددت حين بلغني الخبر بعد البلوغ أو حين بلغت وكذبها الزوج فإن القول له . وعندنا القول لمن يشهد له الظاهر ، سواء كان ذلك الظاهر هو الأصل بحسب ما يتبادر أو بحسب المعنى ، ولا يخفى ترجيح هذا الاعتبار ، وإذا كان كذلك فقد ادعى بدعواه سكوتها تلك بضعها من غير ظاهر معه وهي تنكر ، والظاهر الاستمرار على الحالة المتينة من عدم ورود ملك عليها التي هو الأصل فكانت هي متمسكة بأصل معنى هو الظاهر فكان القول لها كالودع يدعي رد الودعية والودع ينكر فإن القول لمدعى الرد وإن كان مدعيا صورة تمسكه بالأصل الظاهر وهو فراغ ذمته لكونه ظاهرا لالكونه أصلا ، بخلاف مسألة الخيار لأن العقد ثبت صحيفا في الأصل وقد لزم بعض المدة ظاهرا فالتمسك بعلمه تمسك بالظاهر ، وكلنا المروجة صغيرة تدعي زوال ملكه بعد ما نفذ عليها حال صغرهما يقينا والزوج ينكر ومثله الشفع . ثم إن أقام الزوج البينة على سكوتها حمل بها لأنها لم تقم على النفي بل على حالة وجودية في مجلس خاص بحاط بطريقه ، أو هو نفي يحيط به الشاهد فيقبل ، كما لو ادعت أن زوجها تكلم بما هو ردة في مجلس فأقامها على عدم التكلم فيه يقبل ، وكلنا إذا قال الشهود كنا عندها ولم نسمعها تتكلم ثبت سكوتها بذلك ، كلنا في الجوامع . وإن أقامها في بيتها أولى لإثبات الزيادة : أحق الرد فإنه زائد على السكوت ، ولو كان أقامها على أنها رضيت أو أجازت حين علمت ترجحت بيته لاستوائهما في الإثبات وزيادة بيته بإثبات الزوم . كلنا في الشروح . وعزاه في النهاية للثقاتي ، وكلنا هو في غير نسخة من الفقه ، لكن في الخلاصة نقلا عن أدب القاضى للخصاف في هذه المسئلة : لو أقام الأب أو الزوج البينة على الإجازة والمرأة على الرد فيبيتها أولى ، فتحصل في هذه الصورة اختلاف المشايخ ، ولعل وجهه أن السكوت لما كان مما تتحقق الإجازة به لم يلزم من الشهادة بالإجازة كونها بأمر زائد على السكوت ما لم يصرحوا بذلك فلم يزم باستواء البينتين في الإثبات . وهذا كله إذا كان قبل الدخول ، فلو قالت لم أجزه بعد الدخول لم تصدق على ذلك إلا إن كانت مكروهة فحينئذ القول لها لظهور دليل السخط دون الرضا ، ولا يقبل عليها قول وليها بالرضا لأنه يقر عليها بثبوت الملك ، وإقراره عليها بالنكاح بعد بلوغها غير صحيح بالاتفاق لأنه لا يملك إلزام العقد عليها فلا يعتبر إقراره في لزومه أيضا كلنا في المبسوط . ولو لم يكن الزوج بينة تلتصق من

أجيب بأنها مقبولة إذا كان علم الشاهد محيطا به كما إذا ادعت المرأة على زوجها أنه قال المسيح ابن الله ولم يقل قول النصارى وقال الرجل بل قلته فأقامت بينة أنه لم يقله يقبل ويفرق بينهما ، لأن هذا مما يحيط به علم الشاهد لما أنه لو قاله لسمعه الشهود وإن أقامها البينة . قال الإمام الترمذى : يبيتها أولى لأنها تثبت الرد وهو ثبت علما وهو السكوت ، حتى لو أقامها على أنها أجازت أو رضيت حين علمت حتى استوتافي في الإثبات ترجحت بيته لإثباته الزوم (وإن لم تكن له بينة فلا يمين عليها عند أبي حنيفة رحمه الله ، وهي مسألة الاستحلاف في الأشياء الستة ، وستأتيك

(يقوله أجيب بأنها مقبولة إذا كان علم الشاهد محيطا به الخ) أقول : يخالف لما سبقه له المصنف في باب اليمين في الحج والعمرة من أن الشهادة على اثنين غير مقبولة مطلقا أساط به علم القاضي أولا ، والأول أن يجاب عنه كون السكوت حدا مل ما يعمى من القاضى نقلا عن قاضيهان (يقوله فإن أقامها البينة قال الإمام الترمذى الخ) أقول : وهكذا في شرح الجامع الصغير لقاضيهان .

في الدعوى إن شاء الله تعالى) ويجوز نكاح الصغير والصغيرة إذا زوجها الولي بكرة كانت الصغيرة أو ثيبا والولي هو المصبة (ومالك رحمه الله يخالفنا في غير الأب، والشافعي رحمه الله في غير الأب والجد، وفي الثيب الصغيرة أيضا. وجه قول مالك أن الولاية على الحرة باعتبار الحاجة ولا حاجة هنا لانعدام الشهوة، إلا أن ولاية الأب ثبتت نصا بخلاف القياس والجد ليس في معناه فلا يلحق به.

عصمت من غير يمين تلزم به عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما عليها، فإن نكحت بقي النكاح عندها وهي مسئلة الاستحلاف في الأشياء الستة، وزيد عليها دعوى الأمة أنها أسقطت مستدين الخلق فصارت أم ولد، وجمعها في هذين البيتين:

نكاح وفيضة لإبلاؤه ورق ورجع ولاء نسب
ودعوى الإمام أمومية فليس بها من يمين وجب

وسأيت في الدعوى صورها، والفتوى على قولهما فيها. وقيل يتأمل القاضي في حال المدعى، فإن ظهر له منه التعمت قضى بقوله ولا يقولهما. وفي الغاية معزيا إلى فتاوى الخاصي أنه لو ادعى رجل على آخر أنه زوجته بنته الصغيرة فأنكر يحلف عند أبي حنيفة، وفي الكهنية لا اعتبار بالإقرار فيهما. واستشكل على قوله لأن امتناع البين عنده لا امتناع البين لا لامتناع الإقرار، ألا ترى أن امرأة لو أقرت لرجل بنكاح نفذ إقرارها ومع هذا لا تحلف لو ادعى عليها فأنكرت فالأخيه أن يكون هذا قولهما (قوله ويجوز نكاح الصغير والصغيرة إذا زوجها الولي) لقوله تعالى - واللاتي لم يحضن - فأثبت العدة للصغيرة وهو فرع تصور نكاحها شرعا فيقبل به منع ابن شيرمة وأبي بكر بن الأصم منه، وتزوج أبي بكر عائشة رضي الله عنهما وهي بنت ست نص قريب من المتواتر، وتزوج قدامة بن مظعون بنت الزبير يوم ولدت مع علم الصحابة رضي الله عنهم نص في فهم الصحابة عدم الخصوصية في نكاح عائشة (قوله والولي هو المصبة، ومالك يخالفنا في غير الأب والشافعي في غير الأب والجد وفي الثيب الصغيرة) فعنده لا يلي عليها أحد حتى تبلغ فتزوج بإذنها وقد ذكرناها. وجه قول مالك أن الولاية على

في الدعوى إن شاء الله تعالى) قال (يجوز نكاح الصغير والصغيرة) يجوز نكاح الصغير والصغيرة (إذا زوجها الولي بكرة كانت الصغيرة أو ثيبا والولي هو المصبة) على ترتيب العصبية في الإلث، وقال مالك: وليهما الأب ليس إلا، حتى لو زوجها الجد عند عدم الأب لا يجوز. وقال الشافعي: وليهما الأب والجد لا غير إذا كانت الصغيرة بكرة، وإن كانت ثيبا فلا ولاية عليها، حتى لو زوجها الأخ أو الم، أو زوج الثيب الصغيرة الأب أو الجد كرها لا ينفذ النكاح (وجه قول مالك أن الولاية على الحرة) مع قيام المناف (باعتبار الحاجة ولا حاجة) في الصغير والصغيرة فلا ولاية عليهما (غير أن ولاية الأب ثبتت نصا على خلاف القياس) فإن أبا بكر زوج عائشة من النبي صلى الله عليه وسلم وهي بنت ست سنين، وصحح النبي صلى الله عليه وسلم ذلك فلا يقاس غيره عليه وهو الجد ولا يلحق به دلالة لأنه ليس في معناه لأن الولد جزء الأب فكانت الولاية للأب

(قال المصنف: وقول هو المصبة) أقول: هذا جواب القياس، أو المراد هو العصبية وما يلحق بهم لئلا يخالف لما سبق (قوله أو زوج الثيب الصغيرة الأب أو الجد كرها) أقول: قوله كرها مستغرق، فإنه لو زوجها طوطا لا يجوز أيضا عنده، فإن إلتها قبل البلوغ غير منتهى (قوله لا ينفذ النكاح) أقول: الظاهر لا ينفذ (قوله ولا يقاس عليه غيره) أقول: لأنه على خلاف القياس.

قلنا : لا بل هو موافق للقياس لأن النكاح يتضمن المصالح ولا تتوفر إلا بين المتكافئين عادة ولا يتفق الكفء في كل زمان ، فأثبتنا الولاية في حالة الصغر إحرازاً للكفء . وجه قول الشافعي أن النظر لا يتم بالتفويض إلى غير الأب والجسد لقصور شفقته وبعد قرابته ولهذا لا يملك التصرف في المال مع أنه أدنى رتبة . فلأن لا يملك التصرف في النفس وإنه أعلى وأولى . ولنا أن القرابة داعية إلى النظر كما في الأب والجسد : وما فيه من القصور أظهرناه

الحرة إنما تثبت لحاجتها ولا حاجة قبل البلوغ لعدم الشهوة ، إلا أن ولاية الأب ثبتت نصاً بخلاف القياس لأن أثر الحرية دفع سلطنة الغير وهو تزويج أبي بكر عائشة رضي الله عنهما وهي بنت ست ، والجسد ليس في معنى الأب ليحقق به دلالة لقصور شفقته بالنسبة إليه ولذا يقدم وصي الأب عليه فيقتصر على مورد النص . قلنا : بل هو موافق للقياس لأن النكاح يراد لمقاصده ولا تتوفر إلا بين المتكافئين عادة ، ولا يتفق الكفء في كل زمان . فإثبات ولاية الأب بالنص بعله إحراز الكفء إذا ظفر به للحاجة إليه ، إذ قد لا يظهر مثله إذا فات بعد حصوله فيتمسك إلى الجسد . وجه قول الشافعي أن التفويض إلى غيرهما محل بها لقصور شفقته لبعد قرابته ودلالة الإجماع على اعتبار ما فيه من القصور سالبا للولاية وهو الإجماع على عدم ولايته في المال إلا بوصية وهو أدنى من النفس فسلها في النفس أولى . ولما روى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا تنكح اليتيمة حتى تستأمر » واليتيمة الصغيرة التي لا أب لها لقوله صلى الله عليه وسلم « لا يتم بعد الحلم » وفي الحديث « أن قدامة بن مظعون زوج بنت أخيه عثمان ابن مظعون من ابن عمر ، فردّها صلى الله عليه وسلم » وإنها بتيمة . وإنها لا تنكح حتى تستأمر » وتأثير هذا الوصف أن مزوجها قاصر الشفقة حتى لم تثبت له ولاية في المال في النفس أولى أن لا تثبت . ولنا قوله تعالى - وإن خفتم أن لا تطبقوا في البتة فانكحوا ما طاب لكم من النساء - الآية منع من نكاحهن عند خوف عدم العدل فيهن ، وهذا فرع جواز نكاحها عند عدم الخوف . ولا يقال ذلك يفهم الشرط لأن الأصل جواز نكاح غير المهرمات مطلقاً ، فنع من هذه عند خوف عدم العدل فيهن ، فعند علمه بيبث الجواز بالأصل المهدل لمضافاً إلى الشرط ، ويصرح بجواز نكاحها قول عائشة : « إنها نزلت في يتيمة تكون في حجر وليها يرغب في مالها ولا يتسقط في صداقها فتها عن نكاحهن حتى يبلغوا بين سنتين في الصداق ، وقالت في قوله تعالى - في بتى النساء اللاتي

عليه كالولاية على نفسه ، والجزئية قد ضعفت بالجسد وشفقته قد قصفت فلا يكون في معناه (قلنا لا) نسل أن الولاية على الحر على خلاف القياس (بل هو موافق له لأن النكاح يتضمن المصالح) من التناسل والسكن والأزواج وقضاء الشهوة (ولا تتوفر إلا بين متكافئين عادة ولا يتفق الكفء في كل وقت فأثبتنا الولاية في حال الصغر إحرازاً للكفء) لكل من يتأق منه الإحراز أبا كان أو غيره . وجه قول الشافعي أن الولاية للنظر والنظر لا يتم بالتفويض إلى غير الأب والجسد لقصور شفقته وبعد قرابته (ولهذا) أى ولقصور شفقته (لا يملك التصرف في المال مع أنه أدنى رتبة) لكونه وقاية للنفس (فلأن لا يملك التصرف في النفس وإنه أعلى أولى . ولنا أن) الولاية للنظر وهو موجود في كل قريب ، لأن (القرابة داعية إليه كما في الأب والجسد) فإن النظر فيهما لم يثبت إلا من القرابة ، غاية ما في الباب أنه متفاوت كالأقارب وقصوراً بقرب القرابة وبعدها ، لكن ما في البعيدة من القصور يمكن التدارك فأظهرناه في سلب ولاية الإلزام فجعلنا لهما خيار البلوغ ، فإذا بلغا ووجدوا الأمر على ما ينبغي مضياً على النكاح ، وإن وجدوا قد أوقعا خلافاً بقصور الشفقة والنظر فسخا النكاح ، بخلاف التصرف في المال لأن العمل الواقع بسبب القصور غير ممكن التدارك لأنه يتكرر بتداول الأيدي بأن يبيع الوالي ثم يبيع المشتري من آخر ثم ، وقد

في سلب ولاية الإلزام ، بخلاف التصرف في المال فإنه يتكرر فلا يمكن تدارك الخلط فلا تنفيذ الولاية إلا ملازمة ومع القصور لاثبت ولاية الإلزام . وجه قوله في المسألة الثانية أن الثبابة سبب لحدوث الرأى لوجود الممارسة فأحرنا الحكم عليها تيسيرا . ولنا ما ذكرنا من تحقق الحاجة ووقور الشفقة ، ولا ماسة تحدث الرأى بدون

لا توثق من ما كتب لمن - الآية ، نزلت في يثيمة تكون في حجر ولها ولا يرغب في نكاحها للمامتها ولا يزوجهما من غيره كى لا يشاركه في مالها ، فأنزل الله تعالى هذه الآية ، فهذه الآية أمر بتزويجهما من غيرهم أو تزويجهما مع الإقساط . وزوج صلى الله عليه وسلم بنت عمه حمزة رضى الله عنه من عمر بن أبى سلمة وهى صغيرة ، وإنما زوجها بالعصوبة لابلولة ثبتت بالنبوة لأنه صلى الله عليه وسلم لم يزوج بها قط ، ولو فعل لم يزوج أحد إلا عنه ، لكن كانوا يزوجهما من غير علمه وحضوره على ما في حديث جابر : « أنه صلى الله عليه وسلم سأله عن تزوجهما فذكر أنها ثيب ، فقال : هلا بكرا الحديث . ورأى على عبد الرحمن عوف الصفرة فقال مهم ؟ قال تزوجت ، وسأله كم ساق لها . والآثار في ذلك وجوازها شيرة عن عمر وعلى وابن مسعود وابن عمر وأبى هريرة . والمعنى أن الحاجة إلى الكفء ثابتة لأن مقاصد النكاح إنما تتم معه ، وإنما يظهر به في وقت دون وقت ، والولاية لعله الحاجة فيجب إثباتها إحرازها لهذه المصلحة مع أن أصل القرابة داعية إلى الشفقة ، غير أن في هذه القرابة قصورا أظهرناه في إثبات الخيار لها إذا بلغت ، وإذا قام دليل الجواز وجب كون المراد باليثيمة اليثيمة البالغة مجازا باعتبار ما كان ، ألا ترى أنه صلى الله عليه وسلم غيا المنع بالاستتار وإنما تستأمر البالغة » وحديث قدامة تأويله أنه خيرها صلى الله عليه وسلم فاختارت الفسخ ، ألا ترى إلى ماروى عن ابن عمر أنه قال : والله لقد انزعجت منى بعد أن ملكتها . وأما المال فإنه يعارض ذلك القدر من الشفقة كونه محبوب الطبع حيا يفضى إلى القطعية عند الممارسة في قرابة العصبية بالحياة فيه لنفسه أو لغيره بالحياة ويغنى لتعلم إحضاره بالتداول الأبدى عليه أو لحمولته أو نسيانه أو التوى في العوض في المقايضة فلا تنفيذ الولاية غير المألزة فائدة عدم الزوم وهو التدارك فانتفت والمألزة متنفية لقصور الشفقة فتعلم إثبات الولاية . وحاصله أن القرابة مع قصور الشفقة مقتضاها ولاية غير ملزمة وقد تعلم

بغيب بفهم . ولا يمكن توقف ذلك كله إلى وقت البلوغ (فلا تنفيذ الولاية إلا ملازمة) ولا إلزام مع القصور ، بخلاف التناكحين فلانها ثابتان من غير تكرار غالبا ، فكان التدارك بالتوقف ممكنا . وقوله (وجه قوله) أى الشافعى (في المسئلة الثانية أن الثبابة سبب لحدوث الرأى) وتقريره أن الرأى أمر باطن والثبابة سبب لحدوثه (لوجود الممارسة) فتقام مقامه ويدار الحكم عليه تيسيرا (ولنا ما ذكرنا من تحقق الحاجة) يعنى أن المقضى للولاية النظرية هو الحاجة وقد تحققت للصغر والممانع وهو قصور الشفقة قد انتفى لأن الشفقة في الأب والجد متوافرة ، وإذا وجد المقضى وانتفى الممانع يجب تحقق الحكم ، ولا نسلم حصول الرأى للصغيرة بسبب الممارسة لأن الرأى والعلم بلغة الجماع إنما يحدث عن مباشرة يشهوه ولا شهوة لها ، وإذا لم تكن الثبابة سببا لحدوث الرأى لاتصلح مدارا . وأما الصغر فإنه سبب للحاجة للجزع عن التصرف بنفسه فجاز أن يكون مدارا ، فكلمنا ثبت

(قوله بخلاف التناكحين فلانها ثابتان من غير تكرار غالبا) أقول : أنت خير بأنه لو تكرر النكاح يمكن التدارك بالتعريف أيضا بالثبابة إلى زوجها التى بلغت تحت نكاحه ، بخلاف المال إذ لا يمكن فيه أصلا تعذيب من في يده المال (قال المصنف : ولنا ما ذكرنا من تحقق الحاجة ووقور الشفقة) أقول : إنما يجب هذا للبلولة ولاية إنكاح الأب والجد وكان الأول هو القسم .

الشبهة فيدار الحكم على الصغر ، ثم الذي يؤيد كلامنا فيما تقدم قوله صلى الله عليه وسلم « النكاح إلى العصبية من غير فصل » والترتيب في العصبية في ولاية النكاح كالترتيب في الإرث والأبعد محبوب بالأقرب : قال (فإن زوجهما الأب والجد) يعنى الصغير والصغيرة (فلا خيار لهما بعد بلوغهما) لأنهما كاملا الرأى واغرا الشفقة فيلزم العقد بمباشرتها كما إذا بإشراره برضاها بعد البلوغ (وإن زوجهما غير الأب والجد فلكل واحد منهما

مقتضاها في المال فانتفت فيه وأمكن في النفس فثبتت فيها ، وهذا لما أثبتنا فيه من الخيار عند البلوغ والرد من القاضي عند الاطلاع على عدم النظر من تنقيص مهر أو عدم كفاة وجه قوله في التيب الصغيرة أنها للحاجة ولا حاجة لحدوث الرأى في أمر النكاح لممارسته ، ويدل عليه قوله صلى الله عليه وسلم « التيب تشاور » أفاد منع النكاح قبل المشاورة ولا مشاورة حالة الصغر فلا نكاح حالة الصغر وهو المطلوب . ولنا ما ذكرنا من تحقق الحاجة إلى إحراز الكفء ، والولاية عليها في النكاح مع علم الشهوة ليس إلا لتحصيله ، ولارأى حالة الصغر باعترافه حيث منع المشاورة قبل البلوغ لعدم أهلية المشاورة حتى أخر جواز نكاحها إلى البلوغ ، فكان حاصل هنا الكلام تنافضا ، فإن سلب الولاية بعلو حدوث الرأى تصريح بحدوث الرأى ، وتأخير نكاحها لعدم أهلية المشاورة يناقضه ، فلم كون المراد بالتيب في الحديث البالغة حيث علق بالثبوت مالا يعتبر إلا بعد البلوغ ، فإذا لم يحدث الرأى قبل البلوغ والحاجة متحققة قبله ثبتت الولاية لتحقيق الحاجة على ما ذكرنا فدار الولاية الصغر . قال المصنف (ثم الذي يؤيد كلامنا فيما تقدم) يعنى من جواز نكاح الصغير والصغيرة إذا زوجهما الولي العصبية مطلقا بعد ما كفينا ثبوت إثباته بما تقدم (قوله صلى الله عليه وسلم « النكاح إلى العصبية من غير فصل ») بين الأب والجد وغيرهما من العصبية في صورة الصغر أولا . روى عن علي موقفا ومرفوعا وذكره سبط ابن الجوزى بلفظ الإنكاح وتقدم تزويجه صلى الله عليه وسلم أمامة بنت عمة حزة وهى صغيرة وقال لما انخيار إذا بلغت . هذا (والترتيب في ولاية النكاح كالترتيب في الإرث والأبعد محبوب بالأقرب) فتقدم عصبية النسب . وأولاهم الابن وابنته وإن سفل ، ولا يتأق إلا في المتوعدة وهذا قولهما خلافا لحمد فإنه يرى أن الأب مقدم على الابن وسأق المشكلة ، وهل يثبت الخيار للأُم المتوعدة إذا أفادت وقد زوجها الابن ؟ في الخلاصة : ولو زوجها الابن فهو كالأب بل أولى ، ثم الأب ثم الجد أبوه ثم الأخ الشقيق ثم لأب . وذكر الكرخنى أن الأخ والجد يشتركان في الولاية عندهما ، وعند أبى حنيفة يقدم الجد كما هو الخلاف في الميراث . والأصح أن الجد أولى بالتزويج اتفاقا ، ثم ابن الأخ الشقيق ثم ابن الأخ لأب ثم الم الشقيق ثم لأب ثم ابن الم الشقيق ثم ابن الم لأب ثم أمم الأب ، كذلك الشقيق ثم أماته ثم لأب ثم أماته ثم الم الشقيق ثم أماته ثم جد لأب ثم أماته وإن سفلوا ، كل هؤلاء يثبت لهم ولاية الإجبار على البنت والذكر في حال صغرها وحال كبرهما إذا جنت . مثلا غلام بلغ عاقلما ثم جن فزوجته أبوه وهو رجل جاز إذا كان جنونه مطبقا ، ولم يقدر أبو حنيفة في الجنون المطبق قدرا على ما سنده ، فإن

الصغر ثبتت الولاية . (ثم الذي يؤيد كلامنا فيما تقدم) يعنى من إطلاق الولي في قوله ويجوز نكاح الصغير والصغيرة إذا زوجهما الولي . (قوله صلى الله عليه وسلم « النكاح إلى العصبية من غير فصل ») وقوله (والترتيب في العصبية)

(قال المصنف : ثم الذى يؤيد كلامنا فيما تقدم قوله صلى الله عليه وسلم « النكاح إلى العصبية ») أقول : فيه بحث ، لأن هذا الحديث يدل على أن لا ينفذ نكاح المرأة بدون الول فيكون حجة لشافعي طينا . وجوابه أنه لما جلت الدلائل على جواز إنكاح المرأة لنفسها ولو بلا ولي لم يسل هذا على النكاح بطريق الإيجاب فمما التصريح .

الخيار إذا بلغ ، إن شاء أقام على النكاح ، وإن شاء فسخ (وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله . وقال أبو يوسف رحمه الله : لا خيار لهما اعتبارا بالأب والجد . ولهما أن قرابة الأخ ناقصة والتقصان يشتر بقصور الشفقة فيتطرق الخلل إلى المقاصد عسى ١ والتشارك ممكن بختيار الإدراك ، وإطلاق الجواب في غير الأب والجد يتناول الأم والقاضي هو الصحيح من الرواية لقصور الرأي في أحدهما وتقصان الشفقة في الآخر فيتخير . قال (ويشترط فيه القضاء) بخلاف خيار المتق لأن

أفاق فلا خيار له ، وإذا زوج أخوه فأفاق فله الخيار . ثم المتق وإن كان امرأة ثم بنوه وإن سفلوا ثم عصبت من النسب على ترتيب عصبات النسب ، وإذا علم العصبات هل يثبت للنوى الأرحام ؟ يأتي (قوله وقال أبو يوسف) يعني آخرها ، وقوله الأول كقولهما ، ثم رجع إلى أن لا خيار وهو قول عروة بن الزبير اعتبارا بالأب والجد ، وهذا لأن الولاية لم تشرع في غير موضع النظر ، وإذا حكم بالنظر قام عقد الولي مقام عقد نفسه بعد البلوغ . وقوله قول ابن عمر وأبي هريرة رضي الله عنهم لأن قرابة الأخ ناقصة فتشعر بقصور الشفقة فيتطرق الخلل إلى المقاصد ، وقد أظهر الشرع أثر هذا التقصان حيث منع ولأيته في المال فيجب إظهاره في النفس إذا علم أنه ناظر إلى إظهار أثره فيجب التدارك بإثبات خيار الإدراك ولما قلنا من تزويجه صلى الله عليه وسلم بنت عمه حرة وهي صغيرة وقال لها الخيار (قوله هو الصحيح) احتراز عن رواية خالد بن صبيح المروزي عن أبي حنيفة أنه لا يثبت الخيار إذا كان الزوج القاضي للقيمة لأن ولأيته أتم من ولاية الم لأنها في النفس والمال جميعا ، وعما روى عن أبي حنيفة أنه لا خيار فيها إذا زوجت الأم لأن شفتها فوق شفقة الأب . ووجه الظاهر ظاهر من الكتاب لفا ونشرا مرتبا (قوله ويشترط فيه) أي في الفسخ . ويشترط القضاء في الفرقة في مواضع : هذه الفرقة بعدم

ظاهر . وقوله (اعتبارا بالأب والجد) بجماع داعية القرابة (ولهما أن قرابة الأخ ناقصة) خصص الأخ ليعلم به حكم سائر الأولياء بالطريق الأولى لأنه أقرب الأولياء بعد الجد . وقوله (فيتطرق الخلل إلى المقاصد عسى) يعني أن وراء الكفافات والمهر مقاصد أخرى في النكاح من سوء الخلق وحسنه وأطاعة العشرة وغلظها وكرم الضميمة ولومها وتوسيع النفقة وتقديرها . وهذه المقاصد أهم من الكفافة ، ولا يوقف عليها إلا بعد بلوغ ونظر صائب ، فلنقصان قرابته وقصور شفته ربما لا يحسن النظر فيتم الخلل فيها فيتدارك بختيار الإدراك . وقوله (وإطلاق الجواب في غير الأب والجد يتناول الأم والقاضي) يعني في إثبات خيار عند البلوغ ، وأراد بالإطلاق قوله فإن زوجتهما غير الأب والجد فلكل واحد منهما الخيار . وقوله (هو الصحيح) احتراز عما روى خالد بن صبيح المروزي عن أبي حنيفة أنه لا يثبت الخيار للقيمة إذا زوجها القاضي لأن له الولاية في المال والنفس وكان في قوة ولاية الأب والجد . ووجه الصحيح ما ذكره في الكتاب (بقوله لقصور الرأي في أحدهما) يعني الأم (وتقصان الشفقة في الآخر) يعني القاضي ، ألا ترى أن ولاية القاضي متأخرة عن ولاية الأخ والم ، فإذا ثبت لهما الخيار في تزويجهما ففي تزويج القاضي أولى . وقوله (ويشترط فيه) أي في فسخ النكاح بختيار البلوغ (القضاء لأن

(قال المستفت : ويشترط فيه القضاء) أقول : قال ابن الحمام : أي في الفسخ ، ويشترط القضاء في الفرقة في مواضع هذه ، والفرقة يعلم

(١) عسى : كلمة وقعت ههنا مجردة من الاسم والمفعول ، والتقدير : عسى الخلل إلى المقاصد يطرق ، وأمل العربية بإيون ذلك .
كما قال النبي في كتاب الإجازات أمان هاشم بعض النسخ كعبه مصححه .

الفسخ ههنا لدفع ضرر خفي وهو تمكن الخلل ولهذا يشمل الذكر والأنثى فجعل إلزاما في حق الآخر فيفسخ إلى القضاء . وخيار العتق لدفع ضرر رجلى وهو زيادة الملك عليها

الكفاءة ونقصان المهر وكلها فسخ ، والفرقة بالجلب والعنة واللعان وكلها طلاق ، وبإيهاب زوج النعمة التي أسلمت وهي طلاق خلافا لأبي يوسف . وقد جمع بعض الفضلاء فرق الطلاق والفسخ وما يحتاج منها إلى القضاء في قوله :

في خيار البلوغ والإعتاق فرقة حكمها بغير طلاق
فقد كفه كلنا ونقصان مهر ونكاح فساد به اتفاق
ملك إحدى الزوجين أو بعض زوج وارتهاد كلنا على الإطلاق
ثم جبب وعنة ولعان وإيهاب الزوج فرقة بطلاق
ونقصان للقاض في الكل شرط غير ملك وردة وعتاق

وقوله باتفاق احتراز عن الحامل من زنا فإن نكاحها جائز عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ، فاسد عند أبي يوسف ، فالفرقة منه طلاق عندهما وفسخ عنده . وقوله على الإطلاق احتراز عن قول محمد رحمه الله فإنه يفرق بين الردة من الزوج فهي فرقة بطلاق وبين المرأة فهي فسخ ، وكل فرقة بطلاق إذا أوقع عليها في العدة طلقة وقعت إلا في اللعان لأنه يوجب حرمة مؤبدة ، كل فرقة توجب حرمة مؤبدة لا يقع الطلاق بعدها . ووجه الاحتياج إلى القضاء بقوله لأن الفسخ لدفع ضرر خفي . وظاهر العبارة تحقق الضرر وخفاؤه وليس بثابت . فالأولى أن يقال لدفع ضرر غير محقق بل نظر إلى سببه وهو قصور القرابة المشعر بقصور الشفقة ، وقد يظهر خلافه مما هو أثر النظر من

الفسخ ههنا لدفع ضرر خفي وهو تمكن الخلل (بسبب قصور شفقة الزوج) ولهذا) أي تمكن الخلل (يشمل) الفسخ (الذكر والأنثى) لأن قصور الشفقة كما هو في حق الجارية يمكن كذلك في حق الغلام ، وإذا كان الضرر

الكفاءة ونقصان المهر وكلها فسخ ، والفرقة بالجلب والعنة واللعان وكلها طلاق ، وبإيهاب زوج النعمة التي أسلمت وهي طلاق خلافا لأبي يوسف ، وقد جمع بعض الفضلاء فرق الطلاق والفسخ وما يحتاج منها إلى القضاء في قوله :

في خيار البلوغ والإعتاق فرقة حكمها بغير طلاق
فقد كفه كلنا ونقصان مهر ونكاح فساد به اتفاق
ملك إحدى الزوجين أو بعض زوج وارتهاد كلنا على الإطلاق
ثم جبب وعنة ولعان وإيهاب الزوج فرقة بطلاق
ونقصان للقاض في الكل شرط غير ملك وردة وعتاق

قوله باتفاق استراز عن الحامل من زنا فإن نكاحها جائز عند أبي حنيفة ومحمد ، فاسد عند أبي يوسف . فالفرقة منه طلاق عندهما وفسخ عنده . فساد . وقوله على الإطلاق استراز عن قول محمد فإنه يفرق بين الردة من الزوج فهي فرقة بطلاق وبين المرأة فهي فسخ ، وكل فرقة بطلاق إذا أوقع عليها في العدة طلقة وقعت إلا في اللعان لأنه يوجب حرمة مؤبدة ، وكل حرمة توجب فرقة مؤبدة لا يقع الطلاق بعدها . وقوله فقد كفه كلنا : يعني في تزويج المرأة نفسها . قوله باتفاق استراز عن الحامل من زنا فإن نكاحها جائز عند أبي حنيفة ومحمد ، فاسد عند أبي يوسف ، فالفرقة منه طلاق عندنا الخ . أقول : لك أن تقول إذا كان جائزا عندنا فالفرقة لماذا تأمل . قوله وفسخ عنده ، يعني أن هذا النكاح فاسد منه فيكون فسخا عنده (قال للمصنف : وهو تمكن الخلل) أقول : يخالف لما يقول بعد أسفر .

ولهذا يخص بالأثني فاعتبر دفعا والدفع لا يفتر إلى القضاء ثم عندهما إذا بلغت الصغيرة وقد علمت بالنكاح

كون الزوج كفأ والمهر تاما والخيار ثابت لما في هذه الحالة كغيرها ، فقد ينكر الزوج عدم النظر فيرى أن فسخها لا يصادف محلا فاحتيج إلى القضاء لإلزامه بناء على تعليق حكم الخيار بمقتضى ترك النظر لاجتماعه ، ولا بدع في خلوه المظنة الملل بها عن الحنكة في بعض الصور كما في سفر الملك المرفه في عمله ببلاد متقاربة كل يوم نصف فرسخ على المراكب الهينة تزها يجوز له القصر ، ولأن في سببه ضعفا وخلافا بين العلماء ، بخلاف خيار العتق فإنه لدفع ضرر جلي وهو زيادة الملك عليها باستدامة النكاح ولهذا يخص بالأثني لاقتصار السبب وهو زيادة الملك عليها ، بخلاف العبد إذا أعتق فاعتبر خيارها دفعا لضرر زيادة مملوكيتها ولا خلاف فيه فلم يحتج إلى القضاء . واعترض بأن دفعا هذه الزيادة التابعة لأصل النكاح برفعه ، وفيه جعل التابع متبوعا وهو نقض الأصول لأنه عكس المعقول . لا يقال : الشيء إذا كان تابعا لشيء باعتبار الوجود يكون متبوعا في النفي ، ولا يفتي أن كل لازم نفيه مستلزم لنفي المتلزم مع أن وجوده لازم وجوده ، فاستتباع الزيادة أصل النكاح في النفي لا يكون عكس المعقول بل وفقه . لأننا نقول : المراد أنه لا يجوز أن ينفي التابع إذا كان مستلزما لنفي المتبوع اللازم الثابت . لتضمنه رفع

خضيا لا يطلع عليه : لأن فرض المسئلة فيما إذا كان الزوج كفأ والمهر تاما فربما ينكره الزوج فيحتاج إلى القضاء للإلزام . وأما خيار العتق فللدفع ضرر جلي وهو زيادة الملك عليها ، فإن الزوج قبل عتقها كان يملك عليها تطلقين ويملك مراجعتها في قرين ثم ازداد ذلك بالعتق وهو أمر جلي ليس للإنكار فيه مجال حتى يحتاج إلى الإلزام ، لكن لما أن تدفع ذلك عن نفسها وذلك مع بقاء أصل النكاح غير ممكن لأنه بعد العتق يستلزمها ، ووجود الملزوم بدون وجود اللازم محال ، فكان لما أن تدفع أصل الملك في ضمن ما لها من دفع الزيادة . واعترض بأن دفعا ما عليها من الزيادة يطل ما كان ثابتا من حق الزوج المستتبع الزيادة وفي ذلك جعل التابع متبوعا وهو عكس المعقول ونقض الأصول . وأجيب بأن هذا ليس يجعل التابع متبوعا ، وإنما هو من باب الألتزام للضرر المرضي ، فإن الزوج حين تزوج الأمة حالما لها بخيار العتق التزم الضرر الذي يحصل به والضرر المرضي غير ضائر ، بخلاف الأمة فإنها لم ترض بما يزيد عليها من الملك عند العتق لعدم اختيارها في النكاح فلم يكن ضررها بمرض فكان ضائرا ، وإذا اجتمع الضرر الضائر وغير الضائر يدفع الضائر دون غيره . وقوله (ثم عندهما) أي عند أبي حنيفة وعنده ، خصهما بالذكر لأن مذهب أبي يوسف لا يرد ههنا لأنه لا يرى خيار البلوغ ، وإن كان المزوج غير الأب والجد . وخاصصل ما ذكره ههنا أمور يقع بها الفرق بين خيار البلوغ والعتق وذلك خمسة :

١- لعدم الخلل ويجوز أن يقال : الزمان تمكن الغلل لعدم إلا أنه لا يلزم قوله لدفع ضرر حتى لا يخلل . (قوله لأن فرض المسئلة فيما إذا كان الزوج كفأ والمهر تاما) أقول : فيه بحث ، فإنه إذا لم يكن الزوج كفأ ولم يكن للمهر تاما فاحتج الفرق إلى القضاء أيضا كما صرحوا به فينظرون كلا الطرفين حل ما ذكره . والجواب أن ذلك فيما إذا زوجت المرأة نفسها ، وأما إذا زوجها الأولياء فليس العتق يتنقل حتى يحتاج إلى الفسخ ، وسببه في فصل الكلام (قوله لأنه بعد العتق يستلزمها) أقول : أي يستلزم الزيادة (قوله حالما لها بخيار العتق) أي أقول : خيار العتق ثابت بالنفس (قوله وقوله ثم عندهما ، أي قوله : خصهما بالذكر لأن مذهب أبي يوسف) الخ) أقول : هذا مسلم إلا أن الظاهر كان أن يذكر قوله عندهما عند قوله ويشترط فيه القضاء فيحتاج وجه تأخيريه إلى هنا إلى نوع قليل ، ولعل وجهه أن أبا يوسف يقول بالشرائط وقوله الفسخ بالقضاء لأنه قضاء في المجهدة فيه فينته ولا يلزم منه أن يرى خيار البلوغ .

فسكت فهو رضا ، وإن لم تعلم بالنكاح فلها الخيار حتى تعلم فسكت (شرط العلم بأصل النكاح لأنها لا يمكن من التصرف إلا به ، والولى يتقرر به فتلزم بالجهل ، ولم يشترط العلم بالخيار لأنها تنفرد لمعرفة أحكام الشرع والدار دار العلم فلم تلزم بالجهل ، بخلاف المصلحة لأن الأمة لا تنفرد بمعرفة فتلزم بالجهل بثبوت الخيار (ثم خيار البكر يبطل بالسكوت ، ولا يبطل خيار الغلام ما لم يقل رضيت أو يحى منه ما يعلم أنه رضا ، وكذلك الجارية إذا دخل بها الزوج قبل البلوغ)

الأقوى لغرض رفع الأدق . والجواب أنه إذا كان مقتضى الدليل وجب ويكون حينئذ رفع الشبوح مقتضى الدليل بواسطة اقتضائه ملزوما وهو ثابت هنا وهو النص ، فالوجه في السؤال طلب حكمته مع أنه يتضمن ضرر الزوج فلم رجح دفع ضررها على دفع ضرره ؟ والجواب أن دفع ضررها يبطل حقا مشتركا بينهما وهو باستيفاء حق مشترك له ولها ثبت لنفسه حقا عليها فدفعها أولى ولأنه رضى بهذا الضرر حيث تزوجها مع العلم بثبوت خيار العتق شرعا (قوله فتعلمن أى الأمة المصلحة (بالجهل بثبوت الخيار) لما إذا كانت مشغولة بالخدمة الواجبة الشاغلة لها عن التعلم ، بخلاف الجرة لا تعلم به لانتهاء هذا المعنى في حقها (قوله ثم خيار البكر يبطل بالسكوت) إنما ذكره بعد ما قدم من قوله فسكت فهو رضا لبيان أن كون سكوتها رضا فيما تقدم هو إذا كانت بكرا فإن العبارة هناك أهم من ذلك ، ولتبيد الفرق بينهما وبين الغلام والبيب حيث قال (ولا يبطل خيار الغلام ما لم يقل رضيت أو يحى منه ما يعلم أنه رضا) كالوطء ودفع المهر والكسوة والنفقة ، ويحتمل كون دفع المهر رضا إذا لم يكن دخيل بها ، أما إن كان دخل بها قبل بلوغه ينبغي أن لا يكون دفع المهر بعد بلوغه رضا لأنه لا بد منه : أقام أو فسح (وكذلك الجارية إذا دخل بها الزوج قبل البلوغ) يعنى لا يبطل خيارها بالسكوت بعد البلوغ ما لم تقل رضيت ، أو يحى منها ما يعلم أنه رضا كالتكئين من الوطء وطلب المهر والمواجب (اعتبارا لهذه الحالة) أي حالة ثبوت الاختيار (بحالة ابتداء النكاح) فكما لا يكون سكوتها رضا لو زوجت ثيبا بالغة لا يكون سكوتها رضا حالة ثبوت الخيار وهى ثيب بالغة ، ولو زوجت بكرا بالغة اكتفى بسكوتها فكذلك إذا ثبت لها الخيار العلم بالنكاح وهى بكرا بالغة ، ولما كان المفهوم من قوله خيار البكر يبطل بالسكوت إنما يقتضى أن خيار الثيب لا يبطل به ولا تعرض فيه لما يبطل به خيار الثيب صرح بمفهومه ليفيد ذلك وهو قوله وكذلك الجارية الخ

الأول أن خيار البلوغ في الفقرة يحتاج إلى القضاء دون خيار العتق . والثاني أن خيار البلوغ يثبت للغلام والجارية وخيار العتق يثبت للجارية فقط وقد ذكرناهما . والثالث أن الصغيرة إذا بلغت وقد علمت بالنكاح فسكت يبطل خيارها سواء كانت حالة بأن لها الخيار أو لم تكن ، أما إذا كانت حالة فظاهر ، وأما إذا لم تكن فلا تلزم تعلم بالجهل بالخيار (لأنها تنفرد لمعرفة أحكام الشرع والدار دار العلم) بخلاف ما إذا لم تكن حالة بالنكاح فسكت فلانها على خيارها لأنها لا يمكن من التصرف إلا به ، والولى يتقرر بالنكاح فكانت معلومة في الجهل ، وأما المصلحة فلانها معلومة في الجهل سواء كانت جاهلة بالعتق أو بثبوت الخيار لها ، أما الأول فلأن المولى يتقرر به . وأما الثاني فلأن الأمة لا تستغنى بالخدمة لا تنفرد لمعرفة أحكام الشرع فكانت معلومة . وقوله (ثم خيار البكر) بفتح على خيار البلوغ الشامل . للذكر والأنثى ، وتقديره أن من له خيار البلوغ إذا كان غلاما فبلغ لم يبطل خياره (ما لم يقل رضيت أو يحى منه) بالجزم (ما يعلم أنه رضا) وإن كانت جارية . وقد دخل بها الزوج قبل البلوغ فكذلك وإن كانت بكرا يبطل خيارها بالسكوت (اعتبارا لهذه الحالة بحالة ابتداء النكاح)

(قال المصنف : وإن لم تعلم بالنكاح فلها الخيار حتى تعلم فسكت) لقول : فيه بحث .

اعتباراً لهذه الحالة بحالة ابتداء النكاح ، وخيار البلوغ في حق البكر لا يمتد إلى آخر المجلس ولا يبطل بالقيام في حق الثيب والغلام لأنه ماثبت بإثبات الزوج

(قوله وخيار البلوغ في حق البكر لا يمتد إلى آخر المجلس) بل يبطل بمجرد سكوتها والمراد بالمجلس مجلس بلوغها بأن حاضرت في مجلس وقد كان بلغها النكاح أو مجلس بلوغ خبر النكاح إذا كانت بكراً بالغة ، وجعل الخصاص خيار البكر يمتد إلى آخر المجلس وهو قول بعض العلماء مال هو إليه ، وهو خلاف رواية الميسر فإن فيه ثبوت الخيار لها في الساعة التي تكون فيها بالغة إذا كانت عاتمة بالنكاح . وعلى هذا قالوا ينبغي أن يتطلب مع رؤية الدم فإن رآته ليلاً يتطلب بلسانها فتقول فسخت نكاحي وتشهد إذا أصبحت وتقول رأيت الدم الآن . وقيل لمحمد كيف وهو كذب ، وإنما أدركت قبل هذا ؟ فقال لا تصديق في الإسناد فجاز لها أن تكذب كي لا يبطل حقها ، ثم إذا اختارت وأشهدت ولم تتقدم إلى القاضي الشهر والشهرين فهي على خيارها كخيار العيب . وما ذكر في بعض المواضع من أنها لو بعثت خادمها حين حاضرت للشهود فلم تقدر عليهم وهي في مكان منقطع لزمها ولم تعلن ينبغي أن يعمل على ما إذا لم تقسح بلسانها حتى فعلت . وما قيل لو سألت عن اسم الزوج أو عن المهر أو سلمت على الشهود بطل خيارها تصف لا دليل عليه . وغاية الأمر كون هذه الحالة كحالة ابتداء النكاح ، ولو سألت البكر عن اسم الزوج لا ينفذ عليها ، وكذا عن المهر وإن كان عدم ذكره لا يبطل كون سكوتها رضا على الخلاف ، فإن ذلك إذا لم تسأل عنه لظهور أنها راضية بكل مهر ، والسؤال يفيد نفي ظهوره في ذلك وإنما يتوقف رضاها على معرفة كيته ، وكذا السلام على القادم لا يدل على الرضا ، كيف وإنما أرسلت لفرض الإشهاد على القسح . ولو اجتمع خيار البلوغ والشفعة تقول أطلب الحقين ثم تبدأ في التفسير بخيار البلوغ ، ولو زوج أمته الصغيرة ثم أعطاها ثم بلغت لا يثبت لها خيار البلوغ لكلا ولاية المولى كالأب ولأن خيار العتق يفتى عنه ، والعبد الصغير إذا بلغ كذلك في الأصح إلا أنه لا يتصور في حقه خيار العتق فيطلق إن شاء (قوله ولا يبطل بالقيام في حق الثيب والغلام) ووجه ظاهر من الكتاب . والحاصل أنها إذا بلغت ثيباً فوفقت خيارها العمر لأن

فإن الصغيرة البكر إذا أدركت واستؤمرت للنكاح فسكت عند ابتداء العقد كان سكوتها رضا فكل ذلك إذا كان لها الخيار فأدركت وسكتت كان سكوتها رضا فيبطل اختيارها والغلام والحارية الثيب إذا استؤمرا عند ابتداء عقد النكاح لم يكن سكوتها رضا بل لا بد من الرضا صريحاً أو دلالة ، فكل ذلك عند خيار البلوغ لم يكن السكوت منهما رضا بل لا بد من ذلك . وقوله (وخيار البلوغ) تفريع آخر على خيار البلوغ ، ويتضمن الوجه الرابع والخامس من الفرق بين خيار البلوغ وخيار العتق . وتقريره خيار البلوغ (في حق البكر لا يمتد إلى آخر المجلس) يعني مجلس بلوغها بأن رأت الدم وقد كان بلغها خبر النكاح فسكتت أو مجلس بلوغ الخبر بالنكاح فسكتت ، بل يبطل بمجرد السكوت في الوجهين جميعاً ، وأما خيار الثيب والغلام فلا يبطل بالقيام عن المجلس بل يمتد إلى ما وراء المجلس . وقوله (لأنه ماثبت) دليل عدم البطلان في حق الثيب خاصة . وتقريره خيار بلوغها لم يثبت بإثبات الزوج وهو

(قوله فإن الصغيرة البكر إذا أدركت واستؤمرت للنكاح فسكتت) الخ : أقول : أظهر أن يقول البكر البالغة إذا بلغها خبر نكاحها فسكتت كان رضا (قوله لأنه ماثبت دليل عدم البطلان في حق الثيب خاصة) أقول : أت خبر بأنه ينقض دلالة كل ضم اعتداد خيار البكر إلى آخر المجلس ، بل كل عدم البطلان في حق الغلام أيضاً لأن صفته يكون بانتفاء الزوج كما يظهر بأقرب توحيه . فالتعصيص بالثيب ما

بل لتوهم الخلل قائما يطل بالرضا غير أن سكوت البكر رضا ، بخلاف خيار العتيق لأنه ثبت بإثبات المولى وهو

سببه عدم الرضا فيبقى إلى أن يوجد ما يدل على الرضا بالنكاح ، وكذا الغلام ، وعلى هذا تضافرت كلماتهم . وما في غاية البيان مما نقل عن الضحاوي حيث قال خيار المدركة يطل بالسكوت إذا كانت بكرًا وإن كانت ثيبًا لم يطل به ، وكذا إذا كان الخيار للزوج لا يطل إلا بصريح الإبطال أو يحصى منه دليل على إبطال الخيار كما إذا اشتغلت بشيء آخر أو أعرضت عن الاختيار بوجه من الوجوه مشكل ، إذ يقتضى أن الاشتغال بعمل آخر يبطله وهو تقييد بالمجلس ضرورة أن تبدله حقيقة أو حكمًا يستلزمه ظاهرها . وفي الجوامع : وإن كانت ثيبًا حين بائنها أو كان غلامًا لم يطل بالسكوت وإن أقامت معه أيامًا ، إلا أن ترضى بلسانها أو يوجد ما يدل على الرضا من الوطء أو التمكن منه طوعًا أو المطالبة بالمهر أو التفقة فيها لو قالت كنت مكرهة في التمكن صدقت ولا يطل خيارها ، وفي الخلاصة : لو أكلت من طعامه أو خلعته فهي على خيارها . لا يقال : كون القول لها في دعوى الإكراه في التمكن تشكل لأن الظاهر يصدقها (قوله بخلاف خيار العتيق) متصل بقوله لا يمتد إلى آخر المجلس : أى فيمتد خيار العتيق إلى آخر المجلس . ووجه الفرق أن خيار العتيق ثبت بإثبات المولى لأنه حكم العتيق الثابت بإثباته فاقضى بنوايا في المجلس كالتعليق في الخيرة . وحاصل وجوه الفرق بين خيارى البلوغ والعتيق خمسة أوجه : احتياجه إلى القضاء ولو فسخ أحدهما ولم يفسخ القاضى حتى مات ورثه الآخر . وكذا الوطء بعد التسخ قبل القضاء به ، بخلاف خيار العتيق يفسخ النكاح بمجرد فسخها ، ولا يطل خيار العتيق بالسكوت إلى آخره ، ويطل خيار البلوغ إذا كان من جهة المرأة وهى بكر ، بخلاف الغلام والتيب لأن السكوت لم يعمل في حقهما رضا . ويثبت خيار البلوغ لكل من الذكر والأنثى ، بخلاف خيار العتيق لو زوج عبده ثم أعتقه لا خيار له لأن خيار العتيق لدفع ضرر زينة الملك وهو منتف في الذكر ، وخيار البلوغ لما يفتأ عن قصور الشفقة وهو يعضدهما لا يقال : الغلام يتمكن بعد البلوغ من التخلص بالطريق المشروع للذكور وهو الطلاق فلا حاجة إلى إثبات الخيار ، وما ثبت الخيار إلا للاحاجة . لأننا نقول : لا يتخلص عن نصف المهر بالطلاق وإن كان قبل الدخول بل يلزمه . وهنا إذا قضى القاضى بالفرقة قبل الدخول لا يلزمه شيء ، وأما بعده فيلزمه كله ، لكن لو تزوجها بعد ذلك ملك عليها الثلاث . وفي الجوامع : إذا بلغ الغلام فقال فسخ ينوى الطلاق فهي طالق بائن ، وإن نوى الثلاث فثلاث وهذا أحسن لأن لفظ التسخ يصلح كتابة عن الطلاق . والرابع أن الجهل بثبوت الخيار شرعا معتبر في خيار العتيق دون البلوغ . والخامس أن خيار العتيق يبطل بالقيام عن المجلس ، ولا يبطل خيار البلوغ في التيب والغلام وتقبل شهادة المولين على اختيار أمهما التى زوجها نفسا إذا أعتقهما ، ولا قبل شهادة العاصيين المزوجين بعد البلوغ أنها اختارت نفسها لأن سبب الرد قد انقطع في الأولى بالعتق ولم ينقطع في الثانية إذ هو النسب وهو باق

ظاهر ، وما لا يثبت بإثبات الزوج لا يقتصر على المجلس فإن التفويض هو المقتصر على المجلس كما سيبيح . وقوله (بل لتوهم الخلل) دليل يشمل البكر والغلام . وتقريره : خيار البلوغ ثبت بعدم الرضا لتوهم الخلل ، وما يثبت بعدم الرضا يبطل بالرضا لوجود منافيه ، فإن الشيء لا يثبت مع منافيه ، غير أن سكوت البكر رضا دون سكوت الغلام فيطل خيارها بمجرد السكوت ويمتد خياره إلى ما وراء المجلس فأنظر إلى هذا الإدراج في ضمن الإنجياز الذى هو قريب إلى حد الإعجاز ، جزاء الله عن المحصلين خيرا . وقوله (بخلاف خيار العتيق) للفرق بينه

لأوجه له (قوله وما لم يثبت بإثبات الزوج الخ) أقول : متقوض بخيار العتيق على ما سطر ، وكان الأسوب أن يقول : ما ثبت بإثبات التيب . (قوله دليل يشمل البكر والغلام) أقول : كما يشمل التيب (قوله دون سكوت التيب ليس

الإعتاق فيعتبر فيه المجلس كما في خيار الخيرة ، ثم الفرقة بخيار البلوغ ليست بطلاق لأنه يصح من الأثني ولا طلاق إليها ، وكذا بخيار العتق لما بينا ، بخلاف الخيرة لأن الزوج هو الذي ملكها وهو مالك للطلاق (فإن مات أحدهما قبل البلوغ ورثه الآخر) وكذا إذا مات بعد البلوغ قبل التفريق لأن أصل العقد صحيح والمالك ثابت به وقد انتهى بالموت ، بخلاف مباشرة الفسوخ إذا مات أحد الزوجين قبل الإجازة لأن النكاح ثمة موقوف فيبطل بالموت وههنا نافذ فيتقرر به . قال (ولا ولاية لعبد ولا صغير ولا مجنون) لأنه لا ولاية لهم على أنفسهم

(قوله ثم الفرقة بخيار البلوغ ليست بطلاق) بل فسخ لا ينقص عدد الطلاق فلو جردا بعده ملك الثلاث (وكذا بخيار العتق لما بينا) من أنه يصح من الأثني ولا طلاق إليها ، ومن أنه ثبت بإثبات المولى ولا طلاق إليه ، وكذا الفرقة بعدم الكفاءة ونقصان المهر فسخ (بخلاف خيار الخيرة) لما ذكره فيقع الطلاق باختيارها نفسها لأنه إنما ملكها ما ملكه وهو الطلاق ولو وقعت هذه الفرقة قبل الدخول لا يجب نصف المسمى ، بخلاف الطلاق قبل الدخول . وهل يقع الطلاق في العدة إذا كانت هذه الفرقة بعد الدخول : أي الصريح أولا ؟ لكل وجه ، والأوجه الوقوع (قوله ولا ولاية لعبد) لأن الولاية بإتخاذ القول على الغير إذا كانت متعددة ، والقاصرة متتفة في هؤلاء فالمتعدية أولى . فإن قيل : صحة إقرار العبد تدل على ولايته القاصرة . فالجواب أنها في المعنى معاقبة في غير الحدود والتقصاص . وأما ما فسقنا من عندنا . والإجماع على نفي ولايته في النكاح لعجزه ، وإلا فيمكن أن يقال روايته الحديث ولاية حيث كان إلزاما ، وكذا أمانته إذا كان مأثوما له في القتال وشهادته بهلال رمضان . وإن أجيب عن هذه فالمشاحة ممكنة في الأجوبة . والأسلم جعل المراد بقوله ولا ولاية لعبد : أي في النكاح لاني الولاية مطلقا لأنه يستدل بعدم القاصرة على عدم التعدية ، فلو أريد الأعم كان مستدلا ببيض الدعوى ولا التعدية مطلقا ، إذ قد يشاحح بأن له شيئا من التعدية لولايته على زوجته الحرة في أمور الزوجية كالمنع من الخروج

وبين خيار البلوغ وهو الوجه الرابع وتقريره : خيار العتق ثبت بإثبات غيره وهو المولى لأنه لو لم يعتق لما ثبت لها الخيار ، وكل خيار ثبت بإثبات غيره اقتصر على المجلس (كما في خيار الخيرة) فيكون القيام دليل الإعراض . وبيان قضيتين هذا الوجه للوجه الخامس أنه أشار لذلك بقوله غير أن سكوت البكر رضا . يعني والرضا يسقط خيار البلوغ ، وخيار الإعتاق إنما يعتبر فيه المجلس ويبطل بالإعراض والسكوت ليس بإعراض وهو حق جذا ، وقوله (ثم الفرقة بخيار البلوغ ليست بطلاق) يعني سواء كان قبل الدخول أو بعده (لأنه يصح من الأثني ولا طلاق إليها) والفائدة تظهر في شيئين : أحدهما أنها لو وقعت قبل الدخول لم يجب نصف المسمى ولو كان طلاقا لوجب ، والثاني أنها لو تناكحها بعد الفرقة ملك الزوج ثلاث تطليقات (وكذا بخيار العتق لما بينا) أنه يصح من الأثني . وقوله (بخلاف خيار الخيرة) ظاهر إلى آخر المسئلة . قال (ولا ولاية لعبد ولا صغير ولا مجنون) الولاية التعدية فرع الولاية القاصرة ، فمن لا ولاية له على نفسه فأولى أن لا يكون له ولاية على غيره ، ولأن هذه الولاية نظرية ولا نظر في التخييض إلى هؤلاء ، أما إلى الصبي والمجنون فلمعجز عن تحصيل الكفاءة ، وأما إلى العبد

(قال المصنف : لأنه يصح من الأثني) أقول : إن أميد الضير إلى الفرقة فهذا الكلام في الفرقة بخيار العتق مسلم دون ما نحن فيه لأنه يفرق التفاسير كما في الجب والمنة ، وإن أرجح إلى الخيار في التفريق كلامنا أنه متفق بالإيجاب والمنة والجواب أن الفسخ في خيار البلوغ يقع من المرأة ، ألا يرى أنه يجب أن تقول المرأة حين يلتفت فسخت النكاح وبمك القاصيص بفسخ في الجب والمنة .

فأولى أن لا تثبت على غيرهم ولأن هذه ولاية نظرية ولا تنظر في التوفيق إلى هؤلاء (ولا) ولاية (لكافر على مسلم) لقوله تعالى - ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا - ولهذا لا تقبل شهادته عليه ولا يتوارثان ، أما الكافر فتثبت له ولاية الإنكاح على ولده الكافر لقوله تعالى - ولذين كفروا بعضهم أولياء بعض - ولهذا تقبل شهادته عليه ويمرر بينهما التوارث (ولغير العصبات من الأقارب ولاية التزويج عند أبي حنيفة) معناه عند عدم العصبات ، وهذا استحسان ، وقال محمد : لا تثبت وهو القياس ، وهو رواية عن أبي حنيفة ،

والتحسين وطلب الزينة مع ما ذكرنا فإنه يصلق في الكل أنه عبد له ولاية على الغير ملزمة . والمراد بالجنون المطبق وهو على ما قيل ستة ، وقيل أكثر السنة ، وقيل شهر وعليه الفتوى . وفي التجنيس وأبو حنيفة رحمه الله لا يوقت في الجنون المطبق شيئا كما هو دأبه في التقديرات فيغوض إلى رأى القاضي : وغير المطبق تثبت له الولاية في حالة إفاقته بالإجماع . وقد يقال : لا حاجة إلى تقييده به لأنه لا يزوج حال جنونه مطبقا أو غير مطبق ويزوج حال إفاقته عن جنون مطبق أو غير مطبق ، لكن المعنى أنه إذا كان مطبقا تسلب ولايته فتزوج ولا تنظر إفاقته وغير المطبق الولاية ثابتة له فلا تزوج وتنتظر إفاقته كالتام . ومقتضى النظر أن الكفاءة الحاطبة إذا غابت بانتظار إفاقته تزوج وإن لم يكن مطبقا وإلا انتظر على ما اختاره المتأخرون في غيبة الولي الأكبر على ما استدكره (قوله ولهذا) أي لهذا الدليل (لا تقبل شهادته عليه) لأنه لا سبيل له عليه (ولا يتوارثان) لأن الوارث يخلف المورث فيما يليه ملكا ويذا وتصرفا . والظاهر أن الورثة ليست ولاية على الميت بل ولاية قاصرة تحدث شرعا بعد انقضاء ولاية أخرى ففي التعدية ليس في الورثة فليس فيها بهذا الدليل . وكما لا تثبت الولاية لكافر على مسلم فكذا لا تثبت لمسلم على كافر : أعني ولاية التزويج بالقرابة وولاية الصرف في المال . قيل وينبغي أن يقال إلا أن يكون المسلم سيد أمة ككافة أو سلطانا ، وقاله صاحب البراية ونسبه إلى الشافعي ومالك قال : ولم ينقل هذا الاستثناء عن أصحابنا والشيء ينبغي أن يكون مرادا . ورأيت في موضع معزول إلى الميسوط أن الولاية بالسبب العام تثبت للمسلم على الكافر كولاية السلطنة والشهادة ولا تثبت للكافر على المسلم فقد ذكر معنى ذلك الاستثناء . فأما الفسق فهو يسلب الأهلية كالكفر ، المشهور أن عندنا لا وهو المذكور في المنظومة . وعن الشافعي اختلاف فيه . أما المستور فله الولاية بلا خلاف فما في الجوامع أن الأب إذا كان فاسقا فللقاضي أن يزوجه الصغيرة من غير كفوف . نعم إذا كان مهتكا لا ينفذ تزويجه إياها ينتقض ومن غير كفء ومساقي . وهذه قوله ولغير العصبات من الأقارب ولاية التزويج عند أبي حنيفة معناه عند عدم العصبات (النسبية والنسبية . والحاصل أن الولاية تثبت أولا لعصبة النسب على الترتيب التي قلتمنا ثم لمولى العتاقة ثم لعصبة على ذلك الترتيب بالاتفاق ثم بعد ذلك عند أبي حنيفة تثبت للأب ثم للبنت إذا كانت أمها عجنونة ثم بنت الابن ثم بنت البنت ثم بنت الابن ثم بنت بنت

فكنكك لا اشتغال بخدمة المولى (ولا ولاية لكافر على مسلم) يعني الولاية الشرعية ولا معتبر بالحسنة منها . وقوله (ولغير العصبات من الأقارب) يعني كالأحوال والحالات والعمات (ولاية التزويج عند عدم العصبات) أي عصبة كانت سواء كانت عصبة يجل النكاح بينه وبين المرأة كابن العم أو لم يجل كالمولى العتاقة وعصبة من العصبات ، ثم عند أبي حنيفة بعد العصبات الأم ثم ذوو الأرحام الأقرب فالأقرب البنت ثم بنت الابن ثم

(قوله ثم ذوو الأرحام الخ) أقول : ذوو الأرحام هنا ليس على مصطلح الفقهاء بل على معنى القرى ، فإن البنت وبنت الابن من أصحاب الغرض ووكلا الأعوات

وقول أبي يوسف في ذلك مضطرب والأشهر أنه مع محمد . لهما ماروينا ، ولأن الولاية إنما ثبتت صوتا للقرابة عن نسبة غير الكفء إليها وإلى العصبات الصيانة . ولأن حنيفة أن الولاية نظرية والنظر يتحقق بالتضييق إلى من هو المختص بالقرابة الباعثة على الشفقة (ومن لا ولي لها) يعني العصبية من جهة القرابة (إذا زوجها مولاها الذي أعتقها

البتت ثم الأخت لأب وأم ثم الأخت لأب ثم لولد الأم يستوى ذكوره وإناثهم في ذلك ثم أولادهم . قال المصنف في التجنيس معلما بعلامة فتاوى الشيخ نجم الدين عمر النسب : غاب الأب غيبة منقطعة وله بنت صغيرة فزوجها أختها الأم حاضرة يجوز أن لم يكن لها عصبية أولى من الأخت : وليست الأم أولى من الأخت لمن الأب لأنها من قبل الأب ، والنساء اللاتي من قبل الأب لمن ولاية التزويج عند عدم العصبات بإجماع بين أصحابنا ، ونفى الأخت والعمة وبنت الأخ وبنت العم ونحو ذلك ، ثم قال المصنف : هكذا ذكر هنا ، وذكر في غيره من المواضع أن الأم أولى من الأخت الشقيقة لأنها أقرب أهقيل هذا يستقيم في الأخت لا العمة وبنت العم وبنت الأخ لأنهن من ذوى الأرحام وولائتين مختلف فيهما ، ومثل ما عن الشيخ نجم الدين النسبى منقول في المصنف عن شيخ الإسلام خواهرزاده ، ومقتضاه تقدم الأخت على الجدة الفاسدة وبعد أولاد الأخوات العمات ثم الأخوات ثم الخالات ثم بنات الأعمام ثم بنات العمات ، والجدة الفاسدة أولى من الأخت عند أبي حنيفة ، وعند أبي يوسف الولاية لهما كما في الميراث ، كلها في المستصحب . وقياس ما صحح في الجدة والأخ من تقدم الجدة تقدم الجدة الفاسدة على الأخت ثم مولى المولاة وهو الذي أسلم على يد أبي الصغيرة وولاه لأنه يرث فتبنت له ولاية التزويج ، ثم السلطان ثم القاضي إذا شرط في عهده تزويج الصغار والصغار ، ثم من نصبه القاضي وإن لم يشترط فلا ولاية له في ذلك وهذا استحسان . وقال محمد : لا ولاية للزوى الأرحام ولا لمولى المولاة ، وهو القياس ورواية الحسن عن أبي حنيفة (وقول أبي يوسف مضطرب فيه والأشهر أنه مع محمد) على ما في الهداية . وقال في الكافي : الجمهور أن أبا يوسف مع أبي حنيفة ، وفي شرح الكنز وأبو يوسف مع أبي حنيفة في أكثر الروايات (لهما ماروينا) يعني من قوله صلى الله عليه وسلم «الإنكاح إلى العصبات» أثبت لم الجنس ، وليس من وراء الجنس شيء . فثبت لغيرهم فلا إنكاح لغيرهم (قوله ولأن الولاية إنما ثبتت صوتا للقرابة عن نسبة غير الكفء إليها) أي إلى القرابة على تأويل الأقارب أو على المعنى المصدري (وللى العصبات الصيانة) عن ذلك لا إلى غيرهم من ذوى الأرحام لأنهم ينسبون إلى قبيلة أخرى فلا يلحقهم العار بذلك (ولأن حنيفة أن الولاية نظرية والنظر يتحقق بالتضييق إلى من هو المختص بالقرابة) إذ مطلقها باعث على الشفقة الموجبة لاختيار الكفء وذوى الأرحام بهذه

بنت البنت ثم بنت ابن الابن ثم بنت بنت البنت ثم الأخت لأب وأم ثم الأخت لأب ثم الأخ والأخت لأم ثم أولادهم ثم العمات والأخوات والخالات وأولادهم على هذا الترتيب ، ثم مولى المولاة ثم السلطان ثم القاضي ومن نصبه القاضي إذا شرط تزويج الصغار والصغار ومنشوره ، أما إذا لم يشترط فلا ولاية له . وقال محمد : لا ولاية لغير العصبات ، وقول أبي يوسف مضطرب ذكره مع أبي حنيفة في كتاب النكاح ومع محمد في كتاب الولاء . وقوله (لهما ماروينا) يريد به قوله عليه الصلاة والسلام «الإنكاح إلى العصبات» عرف الإنكاح باللام في غير معهود فكان معناه هذا الجنس مفوض إلى هذا الجنس فلا يكون لغيره فيه مدخل ، ولأن الولاية لصيانة القرابة عن غير الكفء والصيانة إلى العصبات (ولأن حنيفة أن هذه الولاية نظرية ، والنظر يتحقق بالتضييق إلى من هو المختص بالقرابة الباعثة على الشفقة) فإن قلت : هذا تحليل في مقابلة النص . وهو لا يجوز .

جاء لأنه آخر العصبات ، وإذا عدم الأولياء فالولاية إلى الإمام والحاكم لقوله صلى الله عليه وسلم « السلطان ولي من لا ولي له »

الثابتة فإنما نرى شفقة الإنسان على ابنة أخته كشفت عنه على ابنة أخيه ، بل قد ترجع على الثانية ، ولا شك أن شفقة ذوى الأرحام ليست كشفت الشفقة السلطان ولا من ولاه فكانوا أولى منهم . وأما قولهما إنما ثبتت الولاية صوتا للقرابة عن نسبة غير الكفاءة إليها فالخبر ممنوع ، بل ثبوتها بالذات تحصيل لمصلحة الصغيرة بتحصيل الكفاءة لأنها بالذات حاجتها لا حاجتهم ، وكل من ذوى الأرحام فيه داعية تحصيل حاجتها فثبتت له الولاية بهذا الاعتبار ، وإن ثبتت لغيره من العصبات بكل من حاجتها بالذات إلى ذلك وحاجته وسرّداد وضوحا في مسئلة الغيبة : ويدل عليه إجماع ابن مسعود ترويع امرأته بنها وكانت من غيره على الأصح ، وما إثبات جنس ولاية الإنكاح إلى العصبات في الحديث فإنما هو حال وجودهم ، ولا تعرض له حال علمهم بنى الولاية عن غيرهم ولا إثباتها فأثبتناها بالمعنى وقصة ابن مسعود ، وأيضا لاشك أنه خص من السلطان لأنه ليس من العصبات لقوله « السلطان ولي من لا ولي له » أو بالإجماع فجاز تخصيصه بعد ذلك بالمعنى . وهذا الوجه على تقدير تسليم تعرض الحديث لغير العصبات بالنق وحجته ، وقوله في قول محمد قياس وفي قول أبي حنيفة استحسان مع استدلاله بالحديث لمحمد ، وبالمعنى الصرف لأبي حنيفة يناقض فيه بأن الاستحسان هو الذى يكون بالأثر لا القياس فإن شرطه أن لا يكون فيه نص . ويحاجب بأنه على باه ، والمراد أن ما ذكره محمد من الحكم في نفس الأمر قياس يقابله الاستحسان الذى قال به أبو حنيفة وأن محمدا ظنه خلافا من الاستحسان فاستدل بالحديث ، وقد ظهر أن لا متمسك له به وكان الأولى أن يحجب به المصنف . وحاصل بحثه معارضة مجردة وهى لا تقيد ثبوت المطلوب قبل الرجوع إلى وقالوا : العصبات تتناول الأم لأنها عصبية في ولد الزنا وولد الملاعبة فثبتت لأهلها ، إلا أن أقارب الأب مقدمون (قوله وإذا عدم الأولياء) أى كل من العصبات وذوى الأرحام ومولى المولاة (فالولاية إلى الإمام والحاكم) أى القاضى بشرط أن يكتب ذلك في منشوره ، فلو زوج الصغيرة مع عدم كتب ذلك في منشوره ثم أذن له فيه فأجازه قيل لا يجوز وقيل يجوز على الأصح استحسانا .

[فروع] الأول ليس لولى الصغيرة ولاية ترويعها وإن أوصى إليه الأب بالإنكاح إلا إذا كان الموصى عين

أحسب بوجهين : أحدهما أن معنى قوله الإنكاح إلى العصبات إذا وجدت العصبات والثاني أن الولاية تثبت لغيرهم بطريق الدلالة باختيار الشفقة وكال رأى . والقول بتوريث ذوى الأرحام مع القول بعدم ولاية الإنكاح غير مستحسن لإطلاق قوله تعالى - وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض - ولكون التوريث مبنيا على الولاية . قوله (وإذا عدم الأولياء) يعنى على الوجه المذكور (فالولاية إلى الإمام والحاكم لقوله عليه الصلاة والسلام « السلطان ولي من لا ولي له ») أنا الحاكم وهو القاضى فإنما يملك الإنكاح إذا كان ذلك في عهده ومنشوره ، كذا

(قوله والثاني أن الولاية تثبت لغيرهم بطريق الدلالة) أقول : أقول : يثبتها بطريق الدلالة مشكلا ، وليس رأى للنسوان كرى الرجال في الكمال وقد سبق (قوله والقول بتوريث ذوى الأرحام) أقول : لا نسب له دليل أن يقول : والقول بأنهم ذوى أرحام وتورثهم مع القول بعدم الإنكاح الخ كما لا يخفى .

(وإذا غاب الولي الأقرب غيبة منقطعة جاز لمن هو أبعد منه أن يزوج) وقال زفر: لا يجوز لأن ولاية الأقرب

رجلا في حياته للتزويج فيزوجها الوصي به كما لو وكل في حياته بتزويجها ، وإن لم يعين انتظر بلوغها لتأذن كذا قيل ، وليس بلازم لأن السلطان يزوجها إلا إذا كان الوصي قريبا فيزوجها بحكم القرابة لا الوصاية وإلا فالحاكم ، وبه قال الشافعي وأحمد في رواية ، وفي أخرى له التزويج لقيامه مقام الأب . قلنا : إنما قام مقامه في المال . وقال مالك : إن أوصى إليه في التزويج جاز وهو رواية هشام عن أبي حنيفة . الثاني لو زوج القاضي الصغيرة التي هو وليها وهي اليتيمة من ابنه لا يجوز . كالوكيل مطلقا إذا زوج موكلته من ابنه ، بخلاف سائر الأولياء لأن تصرف القاضي حكمه وحكمه لابنه لا يجوز بخلاف تصرف الولي ، ذكره في التتجيس معلما له بعلامة غريب الرواية للسيد الإمام أبي شجاع ، والإلحاق بالوكيل يكفي للحكم مستغنى عن جعل فعله حكما مع انتفاء شرطه ، وكذا إذا باع مال يقيم من نفسه لا يجوز لكل من الوجهين ، والإوجه ما ذكرنا ، بخلاف ماله نصب وصيا على اليتيم ثم اشترى منه يجوز لأنه نائب عن الميت لا القاضي . الثالث إقرار الولي على الصغير والصغيرة بالتزويج لم يصدق عند أبي حنيفة إلا بيينة أو ينكر الصغير فيصدق ، معناه إذا ادعى الزوج ذلك عند القاضي وصدقه الأب ، وعندهما ثبتت النكاح بإقراره . قال في المصنف عن أستاذه : يعني الشيخ حميد الدين : إن الخلاف فيها إذا أقر الولي في صغرهما فإن إقراره موقوف إلى بلوغهما ، فإذا بلغا وصدقه نفذ إقراره وإلا يطل ، وعندهما ينفذ في الحال وقال : إنه أشار إليه في المبسوط ، قال : هو الصحيح . وقيل الخلاف فيها إذا بلغ الصغير وأنكر النكاح فأقر الولي ، أما لو أقر بالنكاح في صغره صح إقراره ، كذا في المغني . وفي مبسوط شيخ الإسلام : إذا أقر الأب على الصغير والصغيرة على قوله لا يصدق إلا بيينة ، وإن صدقه الزوج في ذلك أو المرأة ، وعلى قولهما يصدق من غير بيينة ، فإن قيل : على من تمام البيينة ولا تقبل إلا على منكر يعتبر إنكاره والمنكر هو الصبي ، ولا عبرة بإنكاره والأب والزوج أو المرأة مقرآن ؟ قلنا : ينصب القاضي خصما عن الصغير أو الصغيرة حتى ينكر فيقيم الزوج البيينة فيثبت النكاح على الصغير والصغيرة اهـ كله من المصنف . والذي يظهر أن قول من قال إن الخلاف فيها إذا بلغا فإنكر النكاح ، أما إذا أقر عليهما في صغرهما يصح بالاتفاق أوجه . وإقرار وكيل رجل أو امرأة بتزويجها وإقرار مولى العبد بتزويجه على هذا الخلاف ، فأما إقراره بنكاح أمته فنافذ اتفاقا . الرابع في النوازل : امرأة جاءت إلى قاض فقالت أريد أن أتزوج ولا ولي لي ، فللقاضي أن يأذن لها في النكاح كما لو علم أن لها وليا . ويمثله أجاب أبو الحسن السفندي ، وما نقل فيه من إقامتها البينة فخلات المشهور ، وما نقل من قول حماد بن أبي حنيفة يقول لها القاضي إن لم تكوفي قرشية ولا حرية ولا ذات بعل فقد أذنت لك ، فالظاهر أن الشرطين الأولين محمولان على رواية عدم الجواز من غير الكفاءة ، وأما الشرط الثالث فمعلوم الاشتراط بالخمس لا يملك الوصي ولا الأب تزويج عبد الصغير ، وكذا تزويج عبده من أمته ، كذا في الاستحسان وهو قول محمد ومالك أن تزويج أمته (قوله وقال زفر) : إذا غاب الولي الأقرب غيبة منقطعة لا يزوجها أحد حتى تبلغ بناء على أنه على ولايته لأن الولاية ثبتت حقا له على ما تقدم في دليل محمد وقدمنا جوابه . وقال الشافعي رحمه الله : يزوجها

في فتاوى قاضيه خان قوله (وإذا غاب الولي الأقرب) يعني كالأب (غيبة منقطعة جاز لمن هو أبعد منه) كالأجداد أن يزوج . (وقال زفر : ليس له ذلك) وقال الشافعي : يزوج السلطان . لزفر أن ولاية الأقرب قائمة لأنها ثبتت

(قوله لزفر أن ولاية الأقرب قائمة لأنها) أقول : فغير أنها راجع إلى ولاية .

قائمة لأنها ثبتت حقاً له صيانة القرابة فلا تبطل بغيبته، ولعلنا لو زوجها حيث هو جاز، ولا ولاية للأب لجمع ولايته، ولنا أن هذه ولاية نظرية وليس من النظر التفويض إلى من لا يتنفع برأيه فوضناه إلى الأبعد وهو مقدم على السلطان كما إذا مات الأقرب، ولو زوجها حيث هو فيه منع

السلطان لا الأبعد. وعندنا يزوجه الأبعد لأن هذه ولاية نظرية تثبت نظراً للثبته لحاجتها إليها، ولا نظر في التفويض إلى من لا يتنفع برأيه، وهذا لأن التفويض إلى الأقرب ليس لكونه أقرب بل لأن في الأقرب زيادة مظنة للحكمة وهي الشفقة الباعثة على زيادة إقبال الرأي للمولية، فحيث لا يتنفع برأيه أصلاً سلبت إلى الأبعد، إذ لو أبقينا ولاية الأقرب أبطلنا حقها وفاتت مصلحتها. أما الولي فحقه في العيانة عن غير الكفء يكون مقتضياً لإثبات ولاية الفسخ إذا وقع بفعلها من غير كفء فلا يتوقف على إثبات ولاية الزوج لـه، فحيث ثبتت فإنما هي لحاجتها حقاً لها. ولو سلم ففوات حقه بسبب من جهته وهو غيبته على أن المقصود له لا يفوت إذ يخلفه فيه الولي الأبعد لأنه تلوه في نفي غير الكفء والاحتباس عن التطلع بنسبته فضاغراً لم مقصود واحد فوجب المصير إلى ما قلنا. وظهر وجه تقديمه على السلطان، ولأنه لو سلبت ولايته بموته كان الأبعد أولى من السلطان، فكذا إذا سلبت بعارض آخر. فالخامس في حلة تقديمه على السلطان لا يختلف بالموت وغيره. وقال صلى الله عليه وسلم «السلطان ولي من لا ولي له» وما يقال من أنه يتنفع برأيه بالرسول وبالكتاب وكتاب الخاطب إليه حيث هو فخلاص المعتاد في الغائب والخاطب فلا يفرع الفقه باعتباره وقد لا يعرف مكانه، ونظيره الحضانة والريبة يقدم فيه الأقرب، فإذا تزوجت القربى وثبتت مظنة شغلها بالزوج صارت البعدي، وكذا الثقة في مال الأقرب فإذا انقطع ذلك لبعده ماله وجبت في مال الأبعد (قوله ولو زوجها حيث هو فيه منع) جواب عن استدلال زفر على قياس ولايته حال غيبته بأنه لو زوجها حيث هو صح اتفاقاً فدل على أنه لم يسلب الولاية، شرعاً بغيبته. أجاب بمنع صحة تزويجه. قال في المحيط: لا رواية فيه، وينبغي أن لا يجوز لاقطاع ولايته. وفي المبسوط: لا يجوز، ولو سلم فلائها انتفعت برأيه وهذا تنزل، ووجهه أن للأبعد قرب التدبير وللأقرب قرب القرابة فنزله منزلة ولين في درجة واحدة فأيهما عقد جاز لأنه أمس بالمعنى المعلق به ثبوت الولاية وسلبها. ومعناه أن سلب الولاية إنما كان لسلب الانتفاع برأيه، فلما زوجها من حيث هو ظهر أنه لم يكن معلقاً به سلب الولاية ثابتاً بل القائم مناط ثبوتها. وفي شرح الكنز: لا رواية فيه، فلنا أن منع لأنه لو جاز عقده حيث هو لأدى إلى مفسدة لأن الحاضر لو زوجها بعد تزويج الغائب لعلم علمه لمخل بها الزوج وهي في عصمة غيره، وما قالوه في صلاة الجنازة يدل عليه وهو أن الغائب لو كتب ليقدم رجلاً في صلاة الجنازة للأبعد منه، ولو كانت له ولاية باقية لما كان له منعه، كما لو كان حاضراً وقدم غيره. وقد استفيد مما ذكرنا أن الولين إذا استويا كأخوين شقيقين أبيهما زوج نفذ. ومن العلماء من قال: لا يجوز ملأهما على العقد والعمل على ما ذكرنا، فإن زوجها كل منهما فالصحة

حقاً له صيانة للقرابة عن نسبة غير الكفء إليها، والحق القائم بشخص لا يبطل بغيبته (ولعلنا لو زوجها حيث هو جاز) بالاتفاق، وإذا كانت ولاية الأقرب في غيبته قائمة لا يكون للأبعد ولاية (ولنا أن هذه ولاية نظرية وليس من النظر التفويض إلى من لا يتنفع برأيه) وكلتا المقدمتين ظاهرة (فوضناه) أي النظر (إلى الأبعد) وقوله (وهو مقدم على السلطان) إشارة إلى جواب الشافعي (كما إذا مات الأقرب) فإن الولاية لم تنقل إلى السلطان بموت الأقرب فكلها بغيبته. وقوله (ولو زوجها حيث هو فيه) جواب عن قول زفر ولعلنا لو زوجها حيث هو جاز

وبعد التسليم نقول للأبعد بعد القرابة وقرب التدبير وللأقرب عكسه فنزلا منزلة وليين متساوين فأيهما عقد نفل ولا يرد والغنية المنقطعة أن يكون في بلد لاتصل إليها القوافل في السنة إلا مرة واحدة) وهو اختيار القدوري . وقيل أدنى مدة السفر لأنه لانهاية لأقصاه وهو اختيار بعض المتأخرين . وقيل : إذا كان بحال يفوت الكفء الخاطب باستطلاع رأيه ، وهذا أقرب إلى الفقه لأنه لا ينظر في إبقاء ولايته حينئذ (وإذا اجتمع في المجنونة أبوها وابنها فالولي في نكاحها ابنها في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، وقال محمد أبوها)

للسابق ، فإن لم يعلم السابق أو وقتما معا بطلا لعدم الأولوية بالتصحيح ، ولو زوجها أبوها وهي بكر بالغة بأمرها وزوجت هي نفسها من آخر فأيهما قالت هو الأول فالقول قولها وهو الزوج لأنها أقرت بملك النكاح له على نفسها وإقرارها حجة تامة عليها ، وإن قالت لا أدري الأول ولا يعلم من غيرها فرق بينها وبينهما ، وكذا لو زوجها وليان بأمرها (قوله ولا يرد الخ) فيد أنه لو حضر الأقرب بعد عقد الأبعد لا يرد مقده وإن عادت ولايته يعود (قوله والغنية المنقطعة أن يكون في موضع لاتصل إليه القوافل في السنة إلا مرة وهو اختيار القدوري) وعن أبي يوسف من جابلقا إلى جابلسا : وهما قرنتان إحداها بالمشرق والأخرى بالمغرب ، وهذا رجوع إلى قول زفر ، وإنما ضرب هذا مثلا ، وعنه في رواية أخرى من بغداد إلى الرى ، وهكذا عن محمد ، وفي رواية من الكوفة إلى الرى . ومن المشايخ من قال : حدث الغنية المنقطعة أن يكون متحولاً من موضع إلى موضع فلا يوقف على أثره ، أو يكون مفقودا لا يعرف خبره . وقيل إذا كان في موضع يقع الكراء إليه دفعة واحدة فليست غنية منقطعة أو بدفعات منقطعة ، وقيل أدنى مدة السفر لأنه لانهاية لأقصاه وهو اختيار بعض المتأخرين منهم القاضي الإمام أبو علي النسفي وسعد بن معاذ وأبو عصمة المروزي وابن مقاتل الرازي وأبو علي السفدي وأبو اليسر والصدرك الشيدى ، قالوا : وعليه الفتوى . وقال الإمام السرخسى في مبسوطه : والأصح أنه إذا كان في موضع لو انتظر حضوره واستطلاع رأيه يفوت الكفء ، وعن هذا قال قاضيخان في الجامع الصغير : لو كان مخضيا في المدينة بحيث لا يوقف عليه تكون غنيته منقطعة ، وهذا حسن لأنه النظر . وفي النهاية : عليه أكثر المشايخ منها القاضي الإمام أبو بكر محمد بن الفضل . وفي شرح الكز : أكثر المتأخرين على أدنى مدة السفر ، ولا تعارض بين أكثر المتأخرين وأكثر المشايخ والأشبه بالفقه قول أكثر المشايخ (قوله وإذا اجتمع في المجنونة) جنونا أصليا بأن بلغت مجنونة أو عارضا بأن طرأ المجنون بعد البلوغ (أبوها) أو جدّها (مع ابنها فالولي في تزويجها ابنها في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، وقال محمد أبوها) وقال زفر في العارضي : لا يزوجهما أحد لأن الولاية زالت عند بلوغها عاقلة فلا ترجع وليس بشئ فلا ترجع عند وجود مناط الحجر بل هي أحوج إلى الولاية بالمجنون

بالمع : يعنى لاسلم جوازه (وبعد التسليم نقول للأبعد بعد القرابة وقرب التدبير وللأقرب عكسه فنزلا منزلة وليين متساوين فأيهما عقد نفل ولا يرد) يعنى إذا حضر الأقرب وقد زوج الأبعد لا يرد النكاح ، ثم فسر الغنية المنقطعة وهو ظاهر ، وقوله (وهو اختيار بعض المتأخرين) منهم القاضي الإمام علي السفدي والقاضي الإمام أبو علي النسفي وهو قول محمد بن مقاتل الرازي وسفيان الثوري وأبي عصمة وسعد بن معاذ المروزي . وقوله (لأنه لا ينظر في إبقاء ولايته حينئذ) يعنى لعدم الانتفاع به ، وعن هذا قال الإمام قاضيخان في الجامع الصغير

(قال المصنف : فنزلا منزلة وليين متساوين) أقول : قال ابن القيم : قد استغنى عما ذكره أن الولين إذا استويا كأخوين شقيقين لهما زوج نفل ، ومن العلماء من قال : لا يجرى ما لم يجزا على كلفه والنفل ، فإن زوجها كل منهما فالصبي السابق ، فإن لم يعلم السابق أو وقتما معا بطلا لعدم الأولوية بالتصحيح . اهـ . ويدل على ذلك ما سيجي في باب ما يوجب القصاص . وما لا يوجب أن ولاية الإنكاح كسب لكل من الأولياء كلا .

لأنه أوفر شفقة من الابن . ولهما أن الابن هو المتقدم في العصوبة . وهذه الولاية مبنية عليها ولا معتبر بزيادة الشفقة كأبي الأم مع بعض المصنعات .

(فصل في الكفافة)

(الكفافة في النكاح معتبرة) قال صلى الله عليه وسلم : ألا لا يزوج النساء إلا الأولياء ، ولا يزوجن إلا من الأكفاء

منها إليها بالصغر لأن الحاجة إليها في الصغر لتحصيل الكفء وفي الجنون لذلك ودفع الشهوة والممارسة ، وكلنا المجنون يجتمع فيه أبوه وابنه أو جدّه على هذا الخلاف . وعن أبي يوسف رواية أخرى : أيها من الأب والابن زوج جاز ، وهي رواية المولى جعلهما في مرتبة ، ولا ينفذ إذ في الابن قوة العصوبة وفي الأب زيادة الشفقة ففي كل منهما جهة (قوله) في وجه قولهما (وهذه الولاية مبنية على العصوبة) بالنص السابق ، والابن هو المتقدم في العصوبة شرعا لانفراده بالأخذ بالعصوبة عند اجتماعه معه . ثم إذا زوج المجنونة أو الجنون الكبيرين أبوهما أو جدّهما لا خيار لهما إذا أفاقا تمام شفقتهم ، ولو زوج الرجل المجنون أو المرأة ابنتها فلا رواية فيه عن أبي حنيفة ، وينبغي أن لا يكون لهما خيار لأنه يقدم على الأب والجد ولا خيار لهما في تزويجهما قال ابن أوى .

(فصل في الكفافة)

الكفء المقاوم ويقال لا كفء له بالكسر . ولما كانت الكفافة شرط الزوم على الولي إذا عقدت بنفسها حتى كان له الفسخ عند علمها كانت فرع وجود الولي وهويثوث الولاية ، فقدم بيان الأولياء ومن ثبت له ثم أعقبه فصل الكفافة (قوله معتبرة) قالوا : معناه معتبرة في الزوم على الأولياء حتى إن عند علمها جاز للولي الفسخ ثم استدلل بقوله صلى الله عليه وسلم : ألا لا يزوج النساء إلا الأولياء

حتى لو كان غثفيا في البلدة لا يوقف عليه تكون غيبته منقطعة . وقوله (لأنه أوفر شفقة من الابن) لبديل أن ولاية الأب تم النفس والمال ، والابن ليس له الولاية في المال (ولهما أن الابن هو المتقدم في العصوبة) ألا ترى أن الأب معه يستحق السلم بالفرضية فقط . وقوله (ولا معتبر بزيادة الشفقة) جواب محمد .

(فصل في الكفافة)

لما كانت الكفافة معتبرة على ما تقدم أن علمها يمنع الجواز أو يمكن الأولياء من الفسخ احتاج إلى أن يذكرها في فصل على حدة ، والكفافة بالفتح مصدر والامتنع منه الكفء وهو النظير ثم كافأه إذا سواه فهي معتبرة في النكاح . قال صلى الله عليه وسلم : ألا لا يزوج النساء إلا الأولياء ، ولا يزوجن إلا من الأكفاء رواه جابر

(فصل في الكفافة)

(١) قوله (ويقال لا كفء له) كما في بعض نسخ الفتح ، ومطه في كتب الفقه . قال في الأساس : ونقول لا كفء له بالكسر وهو في الأصل مصدر وضع موضع الكفا . قال حسان * وروح القس له ليس له كفء * أي مكافئ . اهـ .
ورفع في بعض النسخ سقط وتصحيف فليحظر كتبه مصححه .

ولا يزوجن إلا من الأكفاء ، فهنا نظران في إثبات حجته ، ثم وجه دلالته على الدعوى على الوجه المذكور من معناها . أما الأول فهو حديث ضعيف لأن في سنده مبشر بن عبيد عن الحجاج بن أرطاة والحجاج يختلف فيه ومبشر ضعيف متروك نسبة أحد إلى الوضع وسيأتي تخريجه لكنه حجة بالتضافر والشواهد ، فن ذلك ما روى محمد في كتاب الآثار عن أبي حنيفة عن رجل عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال : لأمتن فروجاً فوات الأحساب إلا من الأكفاء . ومن ذلك ما رواه الحاكم وصححه من حديث علي أنه عليه الصلاة والسلام قال له : « يا علي ثلاث لا تموتنهما : الصلاة إذا أتيت ، والجماعة إذا حضرت ، والأيم إذا وجدت كفواً » ، وقول الترمذي فيه لأرى إسناده متصلاً مثبته بما ذكرناه من تصحيح الحاكم . وقال في سنده سعيد بن عبد الله الجهنمي مكان قول الحاكم سعيد بن عبد الرحمن الجهمي فينظر فيه . وما عن عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم « تخبروا لنظفكم وأنكحوا الأكفاء » روى ذلك من حديث عائشة وأنس وعمر بن طروق عديدة فوجب ارتفاعه إلى الحجية بالحسن لحصول الظن بصحة المعنى وثبوته عنه صلى الله عليه وسلم ، وفي هذا كفاية ، ثم وجدنا في شرح البخاري الشيخ برهان الدين البهائي ذكر أن البهوي قال إنه حسن ، وقال فيه رواه ابن أبي حاتم من حديث جابر عن عمرو بن عبد الله الأودي بسنده ثم أوجدنا بعض أصحابنا صورة السند عن الحافظ قاضي القضاة الصقلاني الشيرازي بن حجر . قال ابن أبي حاتم : حدثنا عمرو بن عبد الله الأودي . حدثنا وكيع عن عباد بن منصور قال : حدثنا القاسم بن محمد قال : سمعت جابر رضى الله عنه يقول : قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « ولا مهر أقل من عشرة » من الحديث الطويل . قال الحافظ : إنه بهذا الإسناد حسن ولا أقل منه . وأخفى عما استدلك به بعضهم من طريق الدلالة فقال : إذا كانت الكفاءة معتبرة في الحرب وذلك في ساعة في النكاح وهو العمر أولى . وذكر ما وقع في غزوة بدر أنه لما برز عتبة بن ربيعة وشيبة بن ربيعة والوليد بن عتبة ، وخرج إليهم عوف ومعوذ ابنا عفراء وعبد الله بن رواحة قالوا لهم : من أنتم ؟ قالوا : رهط من الأنصار ، فقالوا : أبناء قوم كرام ، ولكننا نريد أكفأنا من قريش ، فقال صلى الله عليه وسلم : « صلحوا » ، ثم أمر حمزة وعلياً وعبيدة بن الحرث « الخ » ، فأما قوله صلى الله عليه وسلم « صلحوا » فلم أره ، والذي في سيرة ابن هشام عن ابن إسحاق أنهم قالوا لهم : أنتم أكفأهم كرام ، ولكننا نريد بني عمننا . وفي رواية : « ما لنا بكم من حاجة ، ثم نادى متادبهم يا محمد أخرج لنا أكفأنا من قريش ، فقال صلى الله عليه وسلم : قم يا حمزة وقم يا علي « الخ » . ونحن قطع أن عبد الله لوبرز للمسلمين يريد إطفاء نور الله وهو من أكابر أنسابهم فخرج إليهم عبد من المسلمين قتلته كان مشكوراً عند الله وعند المؤمنين ولم يزد ذلك النسب إلا بعداً . نعم الكفاءة المطلوبة هنا كفاءة الشدة فينبغي أن يخرج إليه كفؤه فيها لأن المقصود نصرة الدين ولو كان عبداً ، وكلامه إنما يفيد في النسب ، وإنما أجابهم صلى الله عليه وسلم لذلك إما لعلمه بأنهم أشد من الذين خرجوا إليهم أولاً أو لتلايظن بالمطلوبين عجز أوجين ، أو دفعاً لما قد يظن أهل الضائق من أنه يرضن بقرابته دون الأنصار . فنظر الثاني لا يخفى أن الظاهر من قوله « ولا يزوجن إلا من الأكفاء » أن الخطاب للأولياء نهما لم أن يزوجهن إلا

(١) قوله (فروج) كذا في بعض النسخ ، وفي بعضها : تزوج ، وكلاماً صحيح فبرز الرواية كتبه مسجحه .

ولأن انتظام المصالح بين المتكافئين عادة ، لأن الشريعة تأتي أن تكون مستغرقة للخسيس فلا بد من اعتبارها ، بخلاف جانبها لأن الزوج مستغش فلا يفيظه دناءة الفراش

من الأكفاء ، ولا دلالة فيه على أنها إذا زوجت نفسها من غير الكفاء يثبت لم حق الفسخ . فإن قلت : يمكن كون فاعل يزوجن المخلوف أم من الأولياء ، ومنها أن لا يزوجهن مزوج هي لنفسها أو الأولياء لها . فالجواب أن حاصله أنها منية عن تزويجها نفسها بغير الكفاء فإذا باشرته لزمتها المصيبة ولا يستزم أن الولي فسخه إلا للمعنى الصرف ١ وهو أنها أدخلت عليه ضرراً فله دفعه ، وهذا ليس مدلول النص ، ولو علل نهيها التضمني للنص بإدخالها الضرر عليه لم يكن فسخه مدلول النص . وإنما قلنا التضمني لأن النبي على هذا التقدير متعلق بها وبالأولياء ، وبالنسبة إليهم إنما يعمل بترك النظر لها ، وبالنسبة إليها بإدخال الضرر على الولي ، وعلى كل تقدير فليس مدلول اللفظ . ولا يشكل على سماع أن في قول القائل إذا زوجت المرأة نفسها من غير كفاء فلولو فسخه لقوله صلى الله عليه وسلم « لا يزوجهن أحد إلا من الأكفاء » ثبوت الدليل عن المدعي . فالحق أنه دليل على مجرد الاعتبار في الشرع من غير تعرض لأمر زائد على ذلك كما هو في الكتاب . فإن قلت : كون الشيء معتبراً في الشرع لابد من كونه على وجه خاص : أعني معتبراً على أنه واجب أو مندوب . قلنا : نعم لكنه لم تقتضد المصروية . فإن قلت : فما هو ؟ قلنا : مقتضى الأدلة التي ذكرناها الوجوب : أعني وجوب نكاح الأكفاء وتعليلها بانتظام المصالح يؤيده لا ينفيه . ثم لا يستلزم كونه أول كفاء مخاطب إلا ما روى الترمذي من حديث أبي هريرة رضي الله عنه ، عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال « إذا خطب إليكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه ، إلا فتلهوا تكن فتنة في الأرض وفساد كبير » ولولا أن شرط المشروع القطعي لا يثبت بطلاناً باشرط الكفاءة للصحة . ثم هذا الوجوب يتعلق بالأولياء حقاً لها وبها حقاً لم على ما تبين مما ذكرناه ، لكن إنما تتحقق المصيبة في حقهم إذا كانت صغيرة لأنها إذا كانت كبيرة لا ينفذ عليها تزويجهم إلا برضاها : فهي تاركة لحقها ، كما إذا رضي الولي بترك حقه حيث ينفذ . هذا كله مقتضى الأدلة التي ذكرناها مع قطع النظر عن غيرها ، وعلى اعتبارها بشكل قول أبي حنيفة في أن الأب له أن يزوج بنته الصغيرة من غير كفاء . فإن قلت : خطب صلى الله عليه وسلم فاطمة بنت قيس وهي قرشية على أسامة بن زيد وليس قرشياً ، وزوجت أخت عبد الرحمن بن عوف من بلال وهو حبشي ، وزوج أبو حذيفة بنت أخيهم من مولاة ، وكل ذلك يعلم الصحابة وبعضه بفعل النبي صلى الله عليه وسلم . فالجواب أن وقوع هذه ليس يستلزم كون تلك النساء صباغ بل العلم محيط بأنهن كباثر خصوصاً بنت قيس كانت ثيباً كبيرة حين تزوجها أسامة ، وإنما جاز لإسقاطهن حق الكفاءة هن وأولياؤهن . وهذا وفي اعتبار الكفاءة بخلاف مالك ، الثوري والكرخي من مشايخنا لما روى عنه صلى الله عليه وسلم « الناس سواسية كأسنان المشط » ، لأفضل لعربي على عجمي إنما الفضل بالتقوى » قلنا ما رويناهم يوجب حل ما روه على حال الآخرة جمعا بين الأدلة (قوله) ولأن انتظام الخ) يعني أن المقصود من شرعية النكاح انتظام مصالح كل من الزوجين بالآخر في مدة العمر لأنه

(ولأن انتظام المصالح بين المتكافئين عادة) والنكاح شرع لا انتظاماً ولا تنظم بين غير المتكافئين (لأن الشريعة تأتي أن تكون مستغرقة للخسيس فلا بد من اعتبارها) من جانبها بخلاف جانبها لأنه مستغش فلا يفيظه دناءة الفراش

(قال للمصنف : ولأن انتظام المصالح بين المتكافئين) أقول : قوله بين المتكافئين نهي إن في قوله ولأن .

(١) (إلا المعنى الصرف) كذا في نسخة ، وفي أخرى : إلا المعنى البشري ، وحرر كيه مصححه .

(وإذا زوجت المرأة نفسها من غير كفء فلا أولياء أن يفرقوا بينهما) دفعا لضرر المار عن أنفسهم (ثم الكفاءة تعتبر في النسب) لأنه يقع به التناحر

ونضع لتأسيس القربات الصهرية ليصير البعيد قريبا عضدا وساعدا يسره ما يسرك ويسوءه ما يسوءه ، وذلك لا يكون إلا بالمواقة والتقارب ، ولا مقارنة للنفس عند مباحلة الأنساب والاتصاف بالرق والحرية ونحو ذلك ، ولذلك رأينا الشرع فسح عقد النكاح إذا ورد ملك الميمن لها عليه وإن كان معللا أيضا بعلة أخرى عامة للطرفين على مامر في فصل المحرمات ففقد مع غير المكافئ قريب الشبه من عقد لا ترتب عليه مقاصده ، وإذا كان إياه قسدا ، وإذا كان طريقه كره ولم يلزم لموليه إذا انفرد به الولي لظهور الإضرار بها (قوله وإذا زوجت المرأة نفسها من غير كفء فلا أولياء) وإن لم يكونوا محارم كآبن الميم (أن يفرقوا بينهما دفعا للعار عن أنفسهم) مالم يحس من الولي دلالة الرضا كقبضه المهر أو النفقة أو الخاصة في أحدهما وإن لم يقبض وكالتجهيز ونحوه ، كما لو زوجها على السكت فظهر عندها ، بخلاف ما إذا اشترط العاقد الكفاءة أو أخبره الزوج بها حيث كان له التفريق ، أما إذا لم يشترط ولم يخبره فذكر في الفتاوى الصخرى فيمن زوجت نفسها بما لا يعلم حاله فإذا هو عبد مأذون له في النكاح ليس لها الفسخ بل للأولياء . أو زوجها الأولياء ممن لا يعلمون حاله ولم يخبرهم بحريته ورقة فإذا هو عبد مأذون له في النكاح ليس لهم الفسخ . ولو أخبر بحريته أو شرطوا ذلك فظهر بخلافه كان للعاقد الفسخ ، ولا يكون سكوت الولي رضا إلا إن سكت إلى أن ولدت . فليس له حينئذ التفريق . وعن شيخ الإسلام أن له التفريق بعد الولادة أيضا ، وهذه الفرقة فسح لا ينقض عند الطلاق ولا يجب عندها شيء من المهر إن وقعت قبل النحول . وبعده لها المسمى ، وكذا بعد الخلوة الصحيحة وعليها العدة ولها نفقة العدة لأنها كانت واجبة . ولا تثبت هذه الفرقة إلا بالقضاء لأنه تعهد فيه وكل من الخصمين يتثبت بدليل فلا ينقطع الزرع إلا بفصل القاضي ، والنكاح قبله صحيح يتوارثان به إذا مات أحدهما قبل القضاء ، هذا على ظاهر الرواية ، أما على الرواية المختارة للفتوى لا يصح العقد أصلا إذا كانت زوجت نفسها من غير كفء . وهل للمرأة إذا زوجت نفسها من غير كفء أن تمنع نفسها من أن يطأها ؟ غنار الققية أبي الليث نعم . قال في التجنيس : هذا وإن كان خلاف ظاهر الجواب لأن من حجة المرأة أن تقول إنما تزوجتك على رجاء أن يميز الولي وعسى لا يرضى فيفرق فيصير هلا وطأ بشبهة . ورضا بعض الأولياء المستوفين في درجة كرضا كلهم خلافا لأبي يوسف وزفر لأنه حق الكل فلا يسقط إلا برضا الكل ، كالدين المشترك ، قلنا : هو حق لم يكن لا يتجزأ فيثبت لكل منهم على الكمال كولاية الأمان ، فإذا أبطله أحدهم لا يبقى كحق الخصاص ، أما لو رضى الأبعد كان للأقرب الاعتراض . ولو زوجها الولي بإذنها من غير كفء فطلقها ثم زوجت نفسها منه ثانيا كان لذلك الولي التفريق ، ولا يكون الرضا بالأول رضا بالثاني لأن الإنسان لا يبعد رجوعه عن خلة دنية ، وكذا لو زوجها هو من غير كفء فطلقها فزوجت آخر غير كفء ولو تزوجته ثانيا في العدة ففرق بينهما لزمه مهر ثان وإستأنفت العدة وإن كان قبل النحول في الثاني ، وستأتي هذه المسئلة في باب العدة إن شاء الله تعالى (قوله ثم الكفاءة تعتبر في النسب) جميع ما ذكر في المبسوط وفتاوى الولوالجي

(وإذا زوجت المرأة نفسها من غير كفء فلا أولياء أن يفرقوا بينهما دفعا لضرر المار عن أنفسهم) يعني مالم تلد منه كما تقدم . فإن قيل : الحديث يدل على علم الجواز ، ففي القول بالجواز بلونها وحق الاعتراض مخالفة له . قلت : جاز أن يكون نهيًا وهو يقتضي المشروعية عندنا (ثم الكفاءة) عندنا (تعتبر في) خمسة أشياء (النسب) (قوله يكت : جاز أن يكون نهيًا) أقول : لا يخفى أن هذا الجواب امتزاج بفساد النكاح ، فهو صلح من غير تراخي الخصمين لأن

(فكريش بعضهم أكفاء لبعض . والعرب بعضهم أكفاء لبعض) والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام

مذكور في الكتاب وسيورده ، إلا الكفاءة في العقل ذكره الولولجي ولم يذكره هنا ، قال بعضهم : لا رواية في اعتبار العقل في الكفاءة : واختلف فيه ؛ ف قيل يعتبر لأنه يفوت بعلمه مقصود النكاح ، وقيل لا لأنه مرض ، ولا تعتبر الكفاءة عندنا في السلامة من العيوب التي يفسخ بها البيع كالجذام والجنون والبرص والبخر والذفر إلا عند محمد في الثلاثة الأول : أعني الجنون والجذام والبرص إذا كان بحال لا تطبق المقام معه فالحق اعتبار الكفاءة في العقل على قول محمد ، إلا أن الذي له التصريق والتسخن الزوجة لا الولي وكذا في أخويه عنده .

[فرع] انتسب إلى غير نسبه لامرأة فتروجه ثم ظهر خلاف ذلك ، فإن لم يكافأ به كفرشية انتسب لها إلى قريش ثم ظهر أنه عربي غير قريش فظهر أنه عربي غير قريش فلا حق للأولياء ، ولها هي الخيار عندنا إن شامت فارقه خلافاً لزفر . ولنا أنه شرط لنفسها في النكاح زيادة منفعة وهو أن يكون ابنها صالحاً للخلافة ، فإذا لم تنل كان لها الخيار ، كشراء العبد على أنه كاتب فظهر خلافه . وأيضاً الاستفراش ذل في جانبها فقد ترضى به من هو أفضل منها لا من مثلها ، فإذا ظهر خلافه فقد غرأ وتبين عدم رضاها بالمقد فينت لها الخيار ، ولو كان هذا الانتساب من جانبها والغرور لم يكن له خيار لأنه لا يفوت عليه شيء من مقاصد النكاح بما ظهر من غرورها ولتخلصه منها بطريق يمكنه وهو الطلاق فلا حاجة إلى إثبات الخيار ويحتاج بعد هذا إلى فضل تقرير ، وقرق بين هذا وبين إثبات خيار البلوغ للغلام وهو سهل إن شاء الله تعالى (قوله فكريش بعضهم أكفاء لبعض) روى الحاكم بسند فيه مجهول ، فإن شجاع بن الوليد قال : حدثنا بعض إخواننا عن ابن جريج عن عبد الله بن أبي مليكة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « العرب بعضهم أكفاء لبعض قبيلة بقيلة ورجل برجل ، والمولى بعضهم أكفاء لبعض قبيلة بقيلة ورجل برجل إلا حائكا أو حجاما » ورواه أبو يعلى بسند فيه عمران بن أبي الفضل الجيلي ، وضعف بأنه موضوع وأن عمران هذا يروي الموضوعات عن الأثبات . وروى الدارقطني عن ابن عمر مرفوعاً « الناس أكفاء قبيلة لقبيلة وعربي لعربي ومولى لمولى إلا حائكا أو حجاما » وضعف ببقيته بن الوليد وهو غيل إن ضمن الحديث ليس غير ، وبأن محمد بن الفضل مطعون فيه . ورواه ابن عسلى في الكامل من حديث علي وعمر باللفظ الأول ، وفيه علي بن عروة قال منكر الحديث ، وعثمان بن عبد الرحمن قال صاحب التقيص هو الطوائف من أهل حران يروي المجاهيل ، وقد روى هذا الحديث من وجه آخر عن عائشة وهو ضعيف أده كلاله . وروى البزار عن خالد بن مبدان عن معاذ بن جبل يرفعه « العرب بعضهم أكفاء لبعض » اهـ . وابن مبدان لم يسمع من معاذ ، وفيه سليمان بن أبي الجحون قال ابن القطان : لم أجده له ذكر . وبالجملة فلحديث أصل ، فإذا

والحرية ، والدين ، والمال ، والصنائع . أما النسب فلا أنه يقع به التفاضل ، وكان مغنيان الثوري يقول : لا تعتبر الكفاءة فيه لأن الناس سواسية بالحديث ، قال ضلي الله عليه وسلم « الناس سواسية كأسنان المشط ، لا فضل لعربي على عجمي » ، إنما الفضل بالقوى « وقد تأيد ذلك بقوله تعالى « إن أكرمكم عند الله أتقاكم »

النكاح القامس لا يبيد حكمه وهو الملك ، بخلاف البيع القامس فإنه يبيد حكمه كما صرح به ابن القيم في الفصل الثاني ، ثم لو صح ما ذكره لكان تزويج الأولياء من غير الأكفاء مشروعاً معتقداً بين ما ذكره ، وليس كذلك على ما جئنا تفصيله ، ولعل الأولى أن يجاب بأنه لما وقع التصاريح بين التمسك بالله على جواز النكاح بفوت الولي وبين التمسك بالدالة على عدم جوازه من تأييد القياس على ما سبق تفصيله .

« قريش بعضهم أكفاء لبعض بطن بطن ، والعرب بعضهم أكفاء لبعض قبيلة بقيلة »

ثبت اعتبار الكفاءة بما قلناه فيمكن ثبوت تفصيلها أيضا بالنظر إلى عرف الناس فيها يحقرونه ويعيرون به فيستأنس بالحديث الضعيف في ذلك ، خصوصا وبفض طرده كحديث بقية ليس من الضعف بذلك ، فقد كان شعبة معظما لبقية وناهيك باحتياط شعبة ، وأيضا تمدد طرق الحديث الضعيف يرفعه إلى الحسن ، ثم القرشيان من جمعهما أب هو النضر بن كنانة فن دونه ، ومن لم ينسب إلا إلى أب فوه فهو عربي غير قرشي ، وإنما سميت أولاد النضر قريشا تشبيها لم بدابة في البحر تدعى قرشا ١ تأكل دوابه لأنهم من أعظم دواب البر عزة وفخرا ونسبا ، وعلى هذا قال الله :

وقريش هي التي تسكن البحر ر بها مميت قريش قريشا

وقيل لأن النضر كان يسمى قريشا وهو اختيار الشعبي سمي به لأنه كان يقرش عن خلة الناس ليدس حاجاتهم بهالة والتقرش التفتيش : قال الحرث :

أبها الناطق المقرش عنا عند حمرو فهل لنا إيقاء

وقيل لأنه خرج يوما على نادى قومه فقال بعضهم : انظر إلى النضر كأنه جل قريش . وقيل سميت بقريش ابن الحرث بن غنبد كان صاحب عيرهم فكانوا يقولون قلعت عير قريش وخرجت عير قريش ولهذا الرجل ابن يسمى يدرا وهو الذي حفر بئر بدر وسميت به : وقيل لتجارتهم والقرش الكسب ، وقيل سميت به لأن فهر ابن مالك : قيل إن اسمه قريش ، وإنما فهر لقبه قاله ابن عباس لمعاوية حين سأله عن ذلك ، وعلى هذا ينبغي أن لا يكون قرشيا إلا من كان من أبناء فهر : وقيل هو من الجمع ، والتقرش التجميع لأن قصيا جمع بني النضر في الحرم من بعد تفرقهم ، وقيل لما نزل قصي الحرم فعل أمثالا جملة فقيل له القرش فهو أول من سمي به ، وعلى هذا ينبغي كون القرشيين من جمعهما أب هو قصي ، والظاهر الأول ، ويكون من التجمع لا التجميع الذي هو فعل قصي والتجمع كان من أبناء النضر وإن كان القائل قال :

أبوكم قصي كان يدعي جمعا به جمع الله القبائل من فهر

لأنه ابن ابنه لأنه ابن مالك بن النضر غير أن القافية اتفقت كذلك ، ولا فيبعد نقل أن قصيا سمي جمعا لجمعه أولاد النضر عرف أن القرشيين من جمعهما النضر . هذا وقريش عمارة تحبها بطون لؤي بن غالب وقصي وعدلى ومنهم الفلأروق رضي الله عنه . ومرة ومن مرة ثم ومنهم الصديق رضي الله عنه . وعزم ومنهم خالد بن الوليد الخزوي رضي الله عنه وهما فخذان . وهاشم وفخذ والعباس فصيلة ، وأهم الطبقات الشعب مثل حير وريعة ومضر ثم القبيلة مثل كنانة ولذا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « في قريش بطن بطن ، وفي العرب قبيلة بقيلة » ونظم بعض الأدباء ترتيب الطبقات فقال :

قبيلة فوقها شعب وبعدهما عمارة ثم بطن تلوه فخذ
وليس يؤوى الفتي إلا فصيلته ولا سداد لسهم ماله قلذ

ولنا قوله صلى الله عليه وسلم (قريش بعضهم أكفاء لبعض بطن بطن والعرب بعضهم أكفاء لبعض قبيلة بقيلة ،

(١) قوله تدعى قرشا أي سميت قريش بتمتد كافي القاموس ، فغاية البحر هي القرش مكبرا ، والتقصير في بيت الله إقاعة الوزن كما هو ظاهر ، ولا حجة بما وقع في بعض نسخ التتبع من إصلاح اسم الدابة قريشا بالتصغير كتبه مسحبه .

والموالى بعضهم أكفاء لبعض رجل برجل ، ولا يعتبر التفاضل فيما بين قريش لما روينا . وعن محمد كلكل إلا أن يكون نسباً مشهوراً كأهل بيت الخلافة ، كأنه قال تعظيماً للخلافة وتسكيناً للفتنة .

وذكر بعضهم العشرة بعد التفصيلة فقال :

اقصد الشعب فهو أكثر حتى علدا في الجواء ثم القيسله
ثم يتلوها العسارة ثم لا بطن والنخذ بعدها والتفصيلة
ثم من بعدها العشرة لكن هي في جنب ما ذكرنا قليله

(قوله والموالى) هم العتقاء ، والمراد هنا غير العرب وإن لم يحسم رق لأنهم لما ضلوا أنسابهم كان التفاخر بينهم بالدين وما تذكره . ففي الحديث دليل على أنه لا يعتبر التفاضل في أنساب قريش ، فهو حجة على الشافعي أن أنساب الهاشمي والمطلبى أكفاء دون غيرهم بالنسبة إليهم . قالوا : زوج النبي صلى الله عليه وسلم بنته من عثان وهو أموى ، وزوج أم كلثوم من عمر رضى الله عنه وهو عدوى . وفيه نظر ، إذ قد يقول يجوز كونه لإسقاط حقه في الكفاة نظر إلى مصلحة أخرى لكنه يرى أنها شرط في النسب فيلزمه ما ذكرنا ، وعلى أكثر أصحابه في اعتبار الكفاة في النسب في العجم ، وعلى محمد في اعتباره الزيادة بالخلافة حتى لا يكافئ أهل بيت الخلافة غيرهم من القرشيين ، هذا إن قصد بذلك علم المكافأة لا إن قصد به تسكين الفتنة . وفي الجامع لقاضيخان : قالوا الحسيب يكون كفاً للنسب ، فالعلم العجمي كفاً للجاهل العربي والعلوية ، لأن شرف العلم فوق شرف النسب والحسب ومكارم الأخلاق . وفي المحيط عن صدر الإسلام : الحسيب هو الذى له جاه وحشمة ومنصب . وفي التبايع : والأصح أنه ليس كفاً للعلوية . وأصل ما ذكره المشايخ من ذلك ما روى عن أبي يوسف أن الذى أسلم بنفسه أو أعتق إذا أحرز من الفضائل ما يقابل به نسب الآخر كان كفاً له ولا يعتبر بالبلاد . في تمة الفتاوى أن القروى

والموالى بعضهم أكفاء لبعض رجل برجل (والمراد بالموالى العتقاء لما كانت غير عرب في الأكثر غلبت على العجم حتى قالوا الموالى بعضها أكفاء لبعض والعرب بعضها أكفاء لبعض) ولا يعتبر التفاضل فيما بين قريش لما روينا (يعنى من قوله عليه الصلاة والسلام « قريش بعضهم أكفاء لبعض » قابل البعض ببعض من غير اعتبار التفصيلة بين قبائلهم ، ألا يرى أن النبي صلى الله عليه وسلم زوج ابنته رقية من عثان وكان من بني عبد هشم ، وإنما قال في الموالى رجل برجل إشارة إلى أن النسب لا يعتبر فيما قبل لأنهم جميعاً أنسابهم فلا يكون التفاخر فيهم بالنسب بل بالدين كما أشار إليه سلمان حين اختبرت الصحابة بالأنساب وانتهى الأمر إليه : أبى الإسلام لا أبى سواه . قوله (وعن محمد كلكل إلا أن يكون) يعنى قال محمد : لا يعتبر التفاضل فيما بين قريش (إلا أن يكون) النسب (نسباً مشهوراً) في الجومة (كأهل بيت الخلافة) فيحفظد يعتبر التفاضل ، حتى لو تزوجت قريشية من أولاد الخلفاء قريشياً ليس من أولادهم كان للأولياء حق الاعتراض . قال المصنف (كأنه) يعنى محمداً (قال ذلك تعظيماً للخلافة وتسكيناً للفتنة) لا لتعلم أصل الكفاة .

(قوله ألا يرى أن النبي صلى الله عليه وسلم) أقول : هذا التنوير لا يدل على تمام المعنى ، فإن نسب عثان رضى الله عنه من أنساب قريش وإن لم يبلغ رتبة بني هاشم .

وبنو باهلة ليسوا بأكفاء لعامة العرب لأنهم معروفون بالخساسة (وأما الموالى فمن كان له أبوان في الإسلام فصاعدا فهو من الأكفاء) يعنى لمن له آباء فيه . ومن أسلم بنفسه أوله أب واحد في الإسلام لا يكون كفاً لمن له أبوان في الإسلام لأن تمام النسب بالأب والجد . وأبو يوسف ألحق الواحد بالثنى كما هو مذهبه في التعريف . ومن أسلم بنفسه لا يكون كفاً لمن له أب واحد في الإسلام لأن التفاخر فيما بين الموالى بالإسلام . والكفاءة في الحرية نظيرها في الإسلام في جميع ما ذكرنا لأن الرق أثر الكفر وفيه معنى الدل فيعتبر في حكم الكفاءة .

كفء للمدنى (قوله وبنو باهلة الخ) استثناء من قوله والعرب بعضهم أكفاء لبعض ، وباهلة في الأصل اسم امرأة من همدان كانت تحت معن بن أعصر بن سعد بن قيس بن عيلان (١) فنسب ولده إليها وهم معروفون بالخساسة . قيل كانوا يأكلون بقية الطعام مرة ثانية ، وكانوا يأخذون عظام الميتة يطبخونها ويأخذون دسومتها فلذا قيل : ولا ينفع الأصل من هاشم إذا كانت النفس من باهلة وقيل : إذا قيل للكلب ياباهلى عوى الكلب من لؤم هذا النسب

ولا يخلو من نظر ، فإن النص لم يفصل مع أنه صلى الله عليه وسلم كان أعلم بقبائل العرب وأخلاقهم وقد أطلق ، وليس كل ياهلى كذلك بل فيهم الأجواد ، وكون فصيلة منهم أو يطن صعلك فغلو ذلك لا يبرى في حق الكل (قوله وأما الموالى فمن كان له أبوان في الإسلام فصاعدا فهو من الأكفاء : يعنى لمن له آباء فيه ، ومن أسلم بنفسه أوله أب واحد في الإسلام لا يكون كفاً لمن له أبوان فيه لأن تمام النسب بالأب والجد ، وألحق أبو يوسف الواحد بالثنى كما هو مذهبه في التعريف) أى في الشهادات والدعاوى ، قيل كان أبا يوسف إنما قال ذلك في موضع

وقوله (وبنو باهلة) بنو باهلة قبيلة من قيس عيلان وهى في الأصل اسم امرأة من همدان كانت تحت معن بن أعصر ابن سعد بن قيس عيلان فنسب ولدها إليها ، والعرب هم الذين استوطنوا المدن والقرى ، والواحد عرى ، والأعرابي واحد الأعراب وهم أهل البدو (وبنو باهلة ليسوا بأكفاء لعامة العرب لأنهم معروفون بالخساسة) لأنهم كانوا يأكلون بقية الطعام مرة ثانية ، ولأنهم كانوا يطبخون عظام الميتة ويأخذون الدسومات منها . قال قائلهم : ولا ينفع الأصل من هاشم إذا كانت النفس من باهلة

وقوله (وأما الموالى) ظاهر . وقوله (كما هو مذهبه في التعريف) أى في تعريف الشخص في الشهادة ، فإن الشهود إذا ذكروا اسم الغائب واسم أبيه يحصل به التعريف عند أبي يوسف . ولا حاجة إلى ذكر الجد ، وعندهما لا بد من ذكر الجد . وقوله (ومن أسلم بنفسه لا يكون كفاً لمن له أب واحد في الإسلام) نقل في النهاية عن الإمام المحبوى أن هذا في الموالى ، وأما في العرب فمن لا أب له في الإسلام من العرب وهو مسلم فهو كفء لمن له آباء في الإسلام لأن العرب يتفاخرون بالنسب فيعدون النسب كفاً لنسب آخر إذا كانا مسلمين ، وأما المعجم فقد ضيعوا أنسابهم ، ومفاخرتهم . بالإسلام ، فمن كان له أب في الإسلام يفتر على من لا أب له فيه ولا يعبه كفاً له (والكفاءة في الحرية نظيرها) أى نظير الكفاءة (في الإسلام في جميع ما ذكرنا) من الوفاق والخلاف فإن العبد لا يكون كفاً لمن هو حرة الأصل ، وكذلك المعتق لا يكون كفاً لما والمعتق أبوه لا يكون كفاً لمن لما أبوان في الحرية (لأن الرق أثر الكفر وفيه معنى الدل فيعتبر في حكم الكفاءة) بسببه وروى عن أبي يوسف أن الذى أسلم بنفسه أو احتق إذا أسحر من القضايل ما يقابل نسب الآخر كان كفاً له .

(١) قوله ابن عيلان بين جملة ما في كتب اللغة لاسمعة كما وقع في الشيخ ليليم كنية مسمومة .

قال (وتعتبر أيضا في الدين) أى الديانة ، وهذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله هو الصحيح لأنه من أعلى المفاهير ، والمرأة تغير بفسق الزوج فوق ماتعير بضمة نسيه .

لا يعد كفر الجلد عيبا بعد أن كان الأب مسلما ، وهما قالا في موضع يعد عيبا . والدليل على ذلك أنهم قالوا جميعا إن ذلك ليس عيبا في حق العرب لأنهم لا يعيرون بذلك وهذا حسن وبه ينقضى الخلاف ، ولا تعتبر الكفافة بين أهل اللغة ، فلوزوجت نفسها فقال وليها ليس هذا كفأ لم يفرق بينهما بل هم أكفاء بعضهم لبعض . قال في الأصل : إلا أن يكون نسباً مشهوراً كبنيت ملك من ملوكهم خلعها حائك أو سائس فإنه يفرق بينهما لا لعلم الكفافة بل لتسكين الفتنة ، والقاضى مأمور بتسكينها بينهم كما بين المساهين (قوله والكفافة في الحرية نظيرها في الإسلام) يعنى أن من كان له أبوان حران كافأ من كان له آباء أحرار ، ومن له أب واحد حر لا يكافئ من له أبوان حران ، ومن عتق بنفسه لا يكافئ من له أب حر . وفي التجنيس : لو كان أبوها معتقا وأما حره الأصل لا يكافئها المعتق لأن فيه أثر الرق وهو الولاء ، والمرأة لما كانت أمها حره الأصل كانت هى أيضا حره الأصل . وفي المجتبى : معتقة الشريف لا يكافئها معتق الوضع ، واعلم أنه لا يبعد كون من أسلم بنفسه كفأ لمن عتق بنفسه (قوله وتعتبر أيضا في الدين : أى الديانة) فسر به ليعلم أن المراد به التقوى لا اتفاق الدين لأن تفاصيله تعرف في نكاح أهل الشرك ولاكونه مكافئا بإسلام نفسه أو أبيه أو جدّه لأنه من قبلهما (قوله هو الصحيح) أى أن الصحيح اقتران قول أبى حنيفة وأبى يوسف فإنه روى عن أبى حنيفة أنه مع محمد ، ورجحه السرخسى وقال : الصحيح من مذهب أبى حنيفة أن الكفافة من حيث الصلاح غير معتبرة ، وقيل هو احتراز عن رواية أخرى عن أبى يوسف أنه لم يعتبر الكفافة في الدين وقال : إذا كان الفاسق ذا مروءة كأخوان السلطان والمباشرين المكسرة ، وكلا عتق إن كان يشرب المسكر سرا ولا يخرج وهو سكران فيكون كفأ ولا لا ، وحفظ الأولى كون هو الصحيح احترازا عما روى عن كل منهما أنه لا يعتبر ، والملقى هو الصحيح من قول كل منهما ، فلو تزوجت امرأة من بنات الصالحين فاسقا كان للأولياء فسخه وإن كان من مباشرى السلطان

قال (وتعتبر أيضا في الدين) أى وتعتبر أيضا الكفافة في الدين (أى في الديانة) وهى التقوى والصلاح والحسب وهو مكارم الأخلاق ، وإنما فسر الدين بالديانة لأن مطلق الدين هو الإسلام ، ولا كلام فيه لأن إسلام الزوج شرط جواز نكاح المسلمة ، وإنما الكلام في حق الاعتراض للأولياء بعد انعقاد العقد وذلك لا يكون إلا في الدين بمعنى الديانة (وهذا) أى اعتبار الكفافة في الديانة (قول أبى حنيفة وأبى يوسف لأنه) أى الدين بمعنى الديانة (من أعلى المفاهير والمرأة تغير بفسق الزوج فوق ماتعير بضمة نسيه) فلما كان النسب معتبرا فيها كانت الديانة أولى بالاعتبار . وقوله (وأبو يوسف معه هو الصحيح) أى قرآن قول أبى يوسف مع أبى حنيفة حتى تكون الكفافة في الدين قولهما جميعا هو الصحيح ، واحتراز بذلك عن رواية أخرى عن أبى يوسف أنه لم يعتبر الكفافة في الدين حيث قال إذا كان الفاسق ذا مروءة يكون كفأ ، وقال في شرح الجامع الصغير أراد به أحوال السلطان إذا كانوا بحيث يكون لهم مهابة عند الناس

(قوله وقوله وأبو يوسف معه هو الصحيح) أقول : لفظه وأبو يوسف معه ليست من قول المصنف ، فقوله وقوله وأبو يوسف معه فيه ما فيه (قوله هو الصحيح واحتراز بذلك عن رواية أخرى إلخ) أقول : قال ابن الممام : هو احتراز عما روى عن أبى حنيفة أنه مع محمد ، ورجحه السرخسى وقال : الصحيح من مذهب أبى حنيفة أن الكفافة من حيث الصلاح غير معتبرة له .

وقال محمد: لا تعتبر لأنه من أمور الآخرة فلا تبقى عليه أحكام الدنيا إلا إذا كان يصقع ويسخر منه أو يخرج إلى الأسواق سكران ويلعب به الصبيان لأنه مستخف به. قال (و) تعتبر (في المال وهو أن يكون مالكا للمهر والثقة) وهذا هو المعتبر في ظاهر الرواية، حتى أن من لا يملكها أو لا يملك أحدها لا يكون كفاً لأن المهر بدل البضع فلا بد من إيفائه، وبالتفقة قوام الأزواج ودوامه. والمراد بالمهر قدر متعارفوا تعجيله لأن ما وراءه مؤجل عرفاً. وعن أبي يوسف أنه اعتبر القدرة على التفقة دون المهر لأنه يجري المساهلة في المهر وبعد المرء قادراً عليه بيسار أبيه.

(قوله وقال محمد: لا تعتبر إلا إذا كان يسخر منه ويخرج سكران لأنه من أحكام الآخرة فلا تبقى عليه أحكام الدنيا) وفي كون هذا قاعدة مجردة نظر إذ لم يظهر وجه الملازمة. والحق أنه قد، وقد، والمعتبر في كل موضع مقتضى الدليل فيه من البناء على أحكام الآخرة وعلمه، على أننا لم نبن إلا على أمر ديني وهو ما ذكره من أن المرأة تميز بفسق الزوج فوق ما تميز بضعف نسبه، يعني يعيرها أشكائها إن كانت من بنات الصالحين. وفي المحيط: الفتوى على قول محمد، وهو موافق لاختيار السرخسي الرواية الموافقة لقول محمد عن أبي حنيفة. ولو تزوجها وهو كفء في الديانة ثم صار داعراً لا يفسخ النكاح لأن اعتبار الكفاءة وقت النكاح (قوله وهو) أي اعتبار الكفاءة في المال هو (أن يكون مالكا للمهر والثقة) وتقييده بظاهر الرواية احتراز عما سنده من الكفاءة في الفتي بما نسبه إلى قول أبي حنيفة ومحمد فإن ذلك ليس هو ظاهر الرواية كما سنده، وبين أن المراد من المهر ملك متعارفوا تعجيله وإن كان كله حالا. وفي المجتبى: قلت في عرف أهل خوارزم كله مؤجل فلا تعتبر القدرة عليه، ولم يبين المراد بملك التفقة. واختلف فيه: قيل للمعتبر ملك نفقة شهر، وقيل نفقة ستة أشهر، وفي جامع شمس الأئمة ستة، وفي المجتبى: الصحيح أنه إذا كان قادراً على التفقة عن طريق الكسب كان كفاً، ومعناه منقول عن أبي يوسف قال: إذا كان قادراً على إيفاء ما يبذل ويكتسب ما ينفق لها يوماً بيوم كان كفاً لها. وفي غريب الرواية للسيد أبي شجاع جعل الأصح ملك نفقة شهر: وفي اللخيرية: إن كان يجد نفقتها ولا يجد نفقة نفسه فهو كفء وإلا لا يكون كفاً وإن كانت فقيرة أمه. وفيه نظر، ثم هذا إذا كانت تطيق النكاح، فإن كانت صغيرة لا تطيقه فهو كفء وإن لم يقدر على التفقة لأنه لا نفقة لها (قوله وبعد المرء قادراً بيسار أبيه) وأمه وجدته.

(وقال محمد لا تعتبر) الكفاءة في الديانة (لأنه من أمور الآخرة، فلا تبقى عليه أحكام الدنيا إلا إذا كان يصقع) أي يضرب على فقاه يعرض الكف (ويسخر منه أو يخرج إلى الأسواق سكران فيلعب به الصبيان) فإنه لا يكون حيثل كفاً لامرأة صالحة من أهل البيوتات قبل وعليه الفتوى (لأنه مستخف به) أي بملك الصفع (وتعتبر الكفاءة في المال وهو أن يكون مالكا للمهر والثقة وهذا هو المعتبر في ظاهر الرواية) عن علمائنا (حتى إن من لا يملكها أو لا يملك أحدها لا يكون كفاً) أما المهر فلأنه بدل البضع فلا بد من إيفائه، وأما النفقة فلأن قوام الأزواج ودوامها (والمهر بالمهر قدر متعارفوا تعجيله لأن ما وراءه مؤجل عرفاً) ليس بمطالب به فلا يسقط الكفاءة. وقوله (وعن أبي يوسف) هو غير ظاهر الرواية. روى الحسن بن أبي مالك عن أبي يوسف أنه قال: الكفء هو الذي يقدر على المهر والثقة. قلت: فإن كان يملك المهر دون النفقة، قال: ليس بكفء. قلت: فإن كان يملك النفقة دون المهر، قال: يكون كفاً. قال الصلبي الشهيد في تعليقه: لأن المهر يجري فيه التسهيل والتأجيل وبعد قادراً على المهر بيسار أبيه وأمه وجدته، ولا يعد قادراً على النفقة بيسار الأب (قال المصنف فلا تبقى عليه أحكام الدنيا) أقول: قال ابن الحام في الصنيع: تأمل على أننا لم نبن إلا على أمر ديني، وهو ما ذكره من

فأما الكفامة في الغنى فمعتبرة في قول أبي حنيفة وعمد رجمها الله حتى إن الفاقة في اليسار لا يكافئها القادر على المهر والنفقة لأن الناس يتفخرون بالغنى ويتعبدون بالفقر . وقال أبو يوسف : لا يعتبر لأنه لا ثبات له إذ المال غادر ورائع (و) تعتبر (في الصنائع) وهذا عند أبي يوسف وعمد رجمها الله . وعن أبي حنيفة في ذلك روايتان . وعن أبي يوسف أنه لا تعتبر إلا أن تفحص كالحجاء والحائك والديباغ . وجه الاعتبار أن الناس يتفخرون بشرف الحرف ويتعبدون بدمائها . وجه القول الآخر أن الحرفة ليست بلازمة ، ويمكن التحول عن الحسيسة إلى

وجدته ولا تعتبر القدرة على النفقة يسار الأب (قوله فأما الكفامة في الغنى) يعنى بعد ملكه للمهر والنفقة هل تعتبر مكافئته لإياها في غناها . قال : معتبرة في قول أبي حنيفة وعمد ، لكن صرح السرخسي في مبسوطه وصاحب اللخيرة بأن أصبح أن ذلك لا يعتبر لأن كثرة المال ملمومة . وفي شرح الكنز : لا يعتبر بالمساواة في الغنى هو الصحيح . وعن أبي حنيفة ومحمد في غير رواية الأصول أن من ملكها لا يكون كفاً للفاقة في الغنى وليس بشيء . فنص على أن ما في الهداية غير رواية الأصول ، وكلنا في الدراية قال : وهذا القول منهما في غير رواية الأصول . وفي كتاب النكاح : لا يشترط القدرة إلا على المهر والنفقة . وفي بعض الشروح أنه خلاف ظاهر الرواية ، ولهذا لم يذكره في المبسوط عن الأوائل ، قال : وبعض المتأخرين اعتبروا الكفامة في المال بعد ما صرح عن أبي يوسف بنفيه (قوله وعن أبي حنيفة في ذلك روايتان) أظهرهما لا يعتبر في الصنائع حتى يكون البيطار كفاً للطار وهو رواية عن محمد ، وعنه في أخرى : المولى بعضهم أكفاء لبعض إلا الحائك والحجاء ، وكلنا الديباغ وهو الرواية التي ذكرها في الكتاب عن أبي يوسف ، وأظهر الروايتين عن محمد نصار عن كل واحد منهما روايتان : الظاهر عن أبي حنيفة عدم الاعتبار ، والظاهر عن محمد كذلك إلا أن تفحص وهو الرواية عن أبي يوسف . وفيها قلنا من حديث بقية حيث قال فيه إلا حاكاً أو حججاً ، ما يهدى اعتبارها في الصنائع ، لكن على الوجه الذي ذكره في شرح الطحاوى وهو أن الصنائع المتقاربة أكفاء كاليزار والطار ، بخلاف المتباعدة ، وعند الخياط مع الديباغ والحجاء والكتاس قال : فهؤلاء بعضهم أكفاء لبعض ولا يكافئون سائر الحرف ولم يذكر خلافاً فكان ظاهراً في أن الظاهر من قول أبي حنيفة اعتبار الكفامة ، وإليه ذهب بعض الشارحين قال : وكلنا قال الشيخ أبو نصر بعد أن أثبت اعتبارها ، وعن أبي حنيفة لا تعتبر ونحوه في النافع . وإنما قلنا لكن على الوجه الذي ذكره في شرح الطحاوى لأن حقيقة الكفامة في الصنائع لا تصحق إلا بكونها من صناعة واحدة . وفي المحيط وغيره : وهما خصاسة هي أنهن من الكل وهو الذي يخدم الظلمة يهدى شاكرباه تابعا وإن كان ذامروعة ومال . قيل هذا اختلاف عصر وزمان في زمن أبي حنيفة لا تعد الدنائة في الحرفة مقصدة

لأن الآباء في العادات يتحملون المهو عن الأولاد دون النفقة الدائنة . وقوله (فأما الكفامة في الغنى فمعتبرة) ظاهر . وقوله (وعن أبي حنيفة في ذلك روايتان) في رواية لا تعتبر وهو الظاهر حتى يكون البيطار كفاً للطار . وفي رواية قال المولى بعضهم أكفاء لبعض إلا الحائك والحجاء (وعن أبي يوسف أنه لا يعتبر إلا أن تفحص كالحجاء والحائك والديباغ) ووجه الروايتين ما ذكره في الكتاب وهو واضح .

أن المرأة تميز بنفس الزوج فوق ماتير بضمة نسيه اه . ونحن نقول : إن فساد التصريح لا يحتاج إلى تأمل ، بل الواقع ابتداء أمر الدنيا على أمر الآخرة : ألا يرى أن قبوله للبهادة من أمور الدنيا ويعنى على البهانة .

النفسية منها ، قال (وإذا تزوجت المرأة ونقصت عن مهر مثلها فلا أولياء الاعتراض عليها عند أبي حنيفة حتى يتم لها مهر مثلها أو يفارقها) وقالوا : ليس لم ذلك . وهذا الوضع إنما يصح على قول محمد على اعتبار قوله المرجوع إليه في النكاح بغير الولي ، وقد صبح ذلك وهذه شهادة صادقة عليه . لما أن ما زاد على العشرة حقها ومن أسقط حقه لا يعترض عليه كما بعد التسمية . ولا أبي حنيفة أن الأولياء يفتخرون بغلاء المهر ويعتبرون بنقصانه فأشبهه الكفافة ،

فلا تعتبر ، وفي زمنهما تمد فتعتبر . والحق اعتبار ذلك سواء كان هو المبنى أولا ، فإن الموجب هو استنفاص أهل العرف فيلزم معه ، وعلى هذا ينبغي أن يكون الجائز كذا للطار بالأسكنورية لما هناك من حسن اعتبارها وعدم عدّها نقصا البتة ، اللهم إلا أن يقرن به خسارة غيرها (قوله وإذا تزوجت المرأة ونقصت عن مهر مثلها فلا أولياء الاعتراض عند أبي حنيفة حتى يتم لها مهر مثلها أو يفارقها) فالتأثير لإزام أحد الأمرين وهو فرع قيام ممكنة كل منهما ، فمن هذا ما في فتاوى التتبي : لو لم يعلموا بذلك حتى ماتت ليس لم أن يطالبوه بتكميل مهر الكل لأن التاثير لم ليس إلا أن يفسخ أو يكمل ، فإذا امتنع هنا عن تكميل المهر لا يمكن الفسخ . واعلم أن المداير على التسمية حتى لو تمت مهر مثلها ولم تأخذ به أبرأت لا اعتراض عليها . ثم قال المصنف (وهذا الوضع) أي قولنا إذا تزوجت ونقصت عن مهر مثلها فلا أولياء الاعتراض ، وقال محمد مع أبي يوسف : ليس لم ذلك ، ومعناه يجب تقييد العقد فرع صحة عقد المرأة بنفسها فلما يصح من محمد على اعتبار رجوعه إلى ذلك لما أنه تقدم ، عنه أنه لا يصح مباشرتها بنفسها بل هو موقوف على إجازة الولي ، قال : وهذه شهادة صادقة على رجوعه .

قال (وإذا تزوجت المرأة ونقصت عن مهر مثلها) إذا تزوجت المرأة ونقصت عن مهر مثلها (فلا أولياء الاعتراض عليها عند أبي حنيفة حتى يتم لها مهر مثلها أو يفارقها وقالوا ليس لم ذلك) قال المصنف (وهذا الوضع) أي وضع القنبري هذه المسئلة على هذا الوجه (إنما يصح على قول محمد على اعتبار قوله المرجوع إليه في النكاح بغير الولي وقد صبح ذلك ، وهذه شهادة صادقة عليه) فإنه لو لم يصح نكاحها بغير الولي لم يقل ليس لم الاعتراض ، وأقول : هذا إنما يستقيم أن لو تمين هذا الوضع في النكاح بغير ولي ، وليس كذلك فإنه لو أخذ لما الولي بالنكاح ولم يسم مهرًا ففقدت على هذا الوجه صبح وضع المسئلة على قول محمد الأول ، وكذلك لو أكره السلطان امرأة وولياها على تزويجها بمهر قليل ففعل ثم زال الإكراه ورضيت المرأة دون الولي فليس له ذلك في قول محمد الأول فلم يكن في هذا الوضع دلالة على رجوع محمد إلى قولهما ، والوجه من الجانبين على ما ذكره في الكتاب واضح وقوله (فأشبه الكفافة) يعني في تعيير الأولياء بكل واحد منهما . واعتراض بأن الشرع قد نذبت إلى رخص الصداق دون ترك الكفافة ، وكذلك النبي صلى الله عليه وسلم لم يضع بنته في غير الأكفاء وزوجهن بأدنى الصداق ، فإنه ما زاد على أربع أواق ونش : أي نصف أوقية ، ومهورهن كانت فوق مهور سائر النساء لأن الزيادة بقدر الشرف ، ولم يزل الشرف كان يقرش فلا مشابهة بينهما . والجواب بأن وجه الشبه ما ذكرناه من تعيير الأولياء ، وهو وصف مؤثر في الباب ، وأما أن لا يكون بين المشبه والمشبّه به فرق يوجه من الوجوه فلم يشترطه أحد من

(قوله وزوجهن بأدنى الصداق الخ) أقول : ولك أن تقول : إن يقيد الأزمان والأوقات بتغيير الرسوم والبادات ، قلل ذلك المقدار من المال كان مهر مثل في تلك الأحوال فتأمل ، ثم كون بنته صلى الله عليه وسلم حين زوجهن سائر غير ثابت (قوله وهو وصف مؤثر في الباب الخ) أقول : إنما يظهر تأثيره لو يمكن خلافه منصوص عليه ولا يكون تليلا في مقابلة النص فكان يجب التبرؤ له في الجواب .

بـخلاف الإبراء بعد التسمية لأنه لا يعتبر به (وإذا زوج الأب بنته الصغيرة ونقص من مهرها أو ابنه الصغير وزاد في مهر امرأته جاز ذلك عليهما ، ولا يجوز ذلك لغير الأب والجد ، وهذا عند أبي حنيفة ، وقالا : لا يجوز الحط والزيادة إلا بما يتباين الناس فيه) ومعنى هذا الكلام أنه لا يجوز العقد عندهما لأن الولاية مقيدة بشرط النظر فعند فواته يبطل العقد ، وهذا لأن الحط عن مهر المثل ليس من النظر في شيء كما في البيع ،

وأورد عليه أنه إنما يتم لو تعين هذا الوضع في النكاح بغير ولي وليس كذلك ، فإنه لو أذن لها الولي بالزواج ولم يسم مهرها فعقدت على هذا الوجه صح وضع المسئلة على قول محمد ، وكذا لو أكره السلطان امرأة وولياها على تزويجها بمهر قليل ففعل ذلك ثم زال الإكراه ورضيت المرأة ولم يرض الولي ليس له ذلك في قول محمد الأول فلم يكن هذا الوضع دلالة على رجوع محمد إلى قولهما اه . ولا شك أن قولنا إذا تزوجت ونقصت لا ينقص عند محمد عام في الصور على ما هو حال أسماء الشرط ، فباعتبار عمومها يكون شهادة صادقة وعليه مثنى المصنف ، وباعتبار حمله على بعض الصور وهو في نفسه أهم منها لا يكون شهادة وعليه مثنى المعترض والأصل خلافه إلا أن يجب الحمل على بعض الصور موجب وتمام الاعتراض موقوف عليه . فتوجيه الاعتراض أن يقال يجب حمله على كلا للصور المذكورة فلا يكون فيه شهادة على ذلك وإنما يجب هذا الحمل لأن المذكور هنا وهو المذكور في الجامع الصغير ، ورجوعه مروى أنه قبل موته بسبعة أيام وهو الذي يشير إليه قول المصنف وقد صح ذلك ، ومعلوم أن تصنيفه للجامع قبل ذلك ، فالحق أنه رجع ولا شهادة في هذه (قوله وإذا زوج الأب ابنته الصغيرة ونقص من مهرها أو ابنه الصغير وزاد في مهر امرأته جاز ذلك عليهما) ولزم عند أبي حنيفة سواء كان بغير فاحش أو قليل وثبت المال كله في ذمة الصغيرة في الثانية لا في ذمة الأب سواء كان الأب موسرا أو معسرا فيقبضه من مال الصغير (وقالا : لا يجوز الزيادة والنقص إلا بما يتباين فيه الناس) وعلى هذا الخلاف تزويج الأب ابنته من غير كفته ، ويجب أن يكون معنى هذا عدم الكفاة في غير الديانة . أما فيها فلا ، لما قالوا : لو كان الأب معروفا بسوء الاختيار عجاجة وفسقا كان العقد باطلا على قول أبي حنيفة على الصحيح : ومن زوج بنته الصغيرة القابلة للتخلق بالخير والشر من يعلم أنه شرير فاسق ظهر سوء اختياره ، ولأن ترك النظر هنا مقطوع به فلا يعارضه ظهور إرادة مصلحة تفوق ذلك نظرا إلى شفقة الأبوة . وما في التنازل زوج ابنته الصغيرة ممن ينكر أنه يشرب المسكر فإذا هو مسلم له وقالت لا أرضى بالنكاح : يعني بعد ما كبرت إن لم يكن يعرفه الأب بشره وكان غلبة أهل بيته صالحين فالنكاح باطل لأنه إنما زوج على ظن أنه كفته بفيد خلافه إذ يقتضى أنه لو عرفه الأب أنه يشربه فالنكاح نافذ ، وهو يناق مقرر من أن الأب إذا عرف بسوء الاختيار لا ينفذ تزويجه من غير الكفاءة . والجواب

قوى التحصيل . وقوله (بخلاف الإبراء بعد التسمية) جواب قولهما كما بعد التسمية ، وذلك لأن الأولياء لا يشتغلون باستيفاء المهور عادة وربما يعلمونه ضربا من اللوم في العادات . وقوله (وإذا زوج الأب ابنته الصغيرة) ظاهر . وقوله (ومعنى هذا الكلام أنه لا يجوز العقد) بيانه أن هذا الكلام وهو قوله . وقالا لا يجوز عندهما الحط والزيادة إلا بما يتباين الناس فيه بظاهره يدل على أن العقد صحيح والزيادة والنقصان لا يجوز لأن المانع من قبل التسمية وفسادها لا يمنع صحة النكاح ، كما لو تركها أصلا أو زوجها على خرا أو خزيرو وهو قول بعض مشايخنا . وقال آخرون : معناه أن نفس النكاح لا يجوز ، وهو مختار شمس الأئمة السرخسي وضريح الإسلام والمصنف (لأن الولاية مقيدة بشرط النظر) ولا نظر فيها إذا حط عن مهرها أو زاد عن مهره فيكون العقد باطلا ، كما إذا باع

ولهذا لا يملك ذلك غيرها . ولأبي حنيفة أن الحكم يدار على دليل النظر وهو قرب القرابة ، وفي النكاح مقاصد تربو على المهر . أما المالية فهي المقصود في التصرف المالي والدليل علمناه في حق غيرها (ومن زوج ابنته وهي صغيرة عبدا أو زوج ابنته وهو صغير أمة فهو جائز) قال رضي الله عنه (وهذا عند أبي حنيفة أيضا) لأن الإعراض عن الكفارة أصلحة تفوقها وعندها هو ضرر ظاهر لعدم الكفارة فلا يجوز .

أنه لا تلازم بين ثبوت سوء الاختيار وثبته وبين كونه معروفا به فلا يلزم بطلانه عند تحقق سوء الاختيار مع أنه لم يتحقق للناس كون الأب العاقد معروفا بمثله (قوله ومعنى هذا الكلام أنه لا يجوز العقد عندهما) أى قولهما لا يجوز هل مناه نيحة العقد أو نيحة التسمية والعقد صحيح فيزاد إلى مهر المثل ، قيل بالأول وقيل بالثاني ، واختار المصنف الأول لأن الولاية مقيدة بشرط النظر فعند فرواته ظاهرا يلجأ إلى المال عوض نفسها ناقصا أو لإبطاله بدون عوض لا تثبت الولاية فلا يصح العقد كالمأمور بالعقد بشرط لا يصح عقده إذا لم يمر على شرطه ولذا لا يملك البيع والشراء بتبين فاحش في مالهما ، فليجأ إلى المال عوض نفسها ناقصا أولى بعدم النفاذ ، وإذا كان بحيث لو زوج أمها بغين فاحش لا يجوز فزويجها كذلك أولى بعدم الجواز ، ولأبي حنيفة أن النظر وعلمه في هذا العقد ليسا من جهة كثرة المال وقتله بل باعتبار أمر باطن ، فالضرر كل الضرر بسوء العشرة وإدخال كل منهما المكروه على الآخر ، والنظر كل النظر في ضده في هذا العقد ، وأمر المال سهل غير مقصود فيه بل المقصود فيه ما قلنا ، فإذا كان باطنا يعتبر دليلا فيلحق الحكم عليه ، ودليل النظر قائم هنا وهو قرب القرابة الداعية إلى وفور الشفقة مع كمال الرأي ظاهرا ، بخلاف غير الأب والجد من المصبات والأُم تقصير الشفقة في المصبات وتقصان الرأي في الأم ، وهذا معنى قوله والدليل علمناه في حق غيرها فلا يصح عقدهم لذلك ، وعلى هذا انبنى الفرع المعروف : لو زوج الم صغيرة حرة الجدة من معتق الجدة فكبرت وأجازت لا يصح لأنه لم يكن عقدا موقوفا

الأب بأقل من القيمة بغين فاحش أو اشترى بأكثر منها بملك (ولهذا لا يملك ذلك غيرها ، ولأبي حنيفة أن الحكم يدار على دليل النظر) تقريره : النظر والضرر في هذا العقد باطنان ، لكن للنظر دليل يدل عليه (وهو قرب القرابة) الداعية إليه وهي موجودة ههنا فيتربى الحكم وهو جواز النكاح عليه ، وإنما قلنا بأن النظر والضرر في هذا العقد باطنان لأن المقصود منه ليس حصول المال البتة بل فيه مقاصد تربو على المهر من الكالات المطلوبة في الإختان والعرائس فيجوز أن يكون نظر الأب في الحط والزيادة إلى ذلك ويجوز أن لا يكون ، فكان النظر والضرر باطنين فأدبر الحكم على الدليل ، بخلاف البيع فإن المالية هي المقصودة في التصرفات المالية فلم يكن في مقابلتها شيء يحير به غلط الغبن الفاحش حتى يقع التردد بين النظر والضرر ، وأما في غير الأب فالدليل البالد على النظر معلوم . قوله (ومن زوج ابنته) نظير تلك المسئلة في التزويج بضرر ظاهر ، وكلامه ظاهر .

(قال للمصنف : وعندها هو ضرر ظاهر لعدم الكفارة فلا يجوز) أقول : إن قيل هذا يخالف لما سبق في أول الفصل من أن الكفارة من جانبها غير مستحبة . قلنا : فرق ما بين كفارة وكفارة ، فاعلموا يجوز أن الكفارة بالحرة من جانبها دون غيرها لأن رقية الزوجة تستحب رقية أولادها ، ألا يرى أن أبا حنيفة فرق بين الكفارة في النكاح وبينها في غيرها على ما ذكره ابن المنيمن في شرحه : هذا والله أن تقول : ما سبق في أول الفصل هو ملحق أبي حنيفة ، وملحقنا أنها مستحبة من جانبها أيضا ، وسيتناول الشارح من الكفارة في آخر الفصل الثاني ذلك ، وفيه تأمل ، والله أعلم .

(فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها)

(ويموز لابن الم أن يزوج بنت عمه من نفسه) وقال زفر : لا يجوز (وإن أذنت المرأة للرجل أن يزوجهما من نفسه فقد بحضرة شاهدين جاز) وقال زفر والشافعي : لا يجوز .

إذا لم يجز له فإن الم ونحوه لا يصح منهم التزويج بغير الكفء ، وكذا لو كان الأب معروفا بسوء الاختيار أو الهانة والفسق كان العقد باطلا على قول أبي حنيفة على ما ذكرناه هو الصحيح . أما المال فهو المقصود في التصرف المالي لا في أمر آخر باطن ليحال النظر عليه عند ظهور التصغير في المال ، فلذا لا يجوز تزويجه أمتهما بغير قاضٍ لأنه إضاعة مالهما لأن المهر ملكهما ولا مقصود آخر باطن يصرف النظر إليه فلا يمول عليه ، ويدل على ذلك تزويج النبي صلى الله عليه وسلم فاطمة من علي بأربع مائة درهم ، ولا شك في أنه دون مهر مثلها لأنها أشرف النساء فيلزم أن الامهر أكثر منه بل إلا وهو أقل منه أو أنها دون مهر مثلها والأول متفق فليزم الثاني ، وهذا موقوف على ثبوت أن تزويجه صلى الله عليه وسلم إياها كان قبل بلوغها وإلا لا يفيد . وقد يقال : إذا كان المدار عنده دليل النظر وهو القرابة الخاصة : أهي قرابة الأب والجد فلا يعتبر كونه معروفا بسوء الاختيار لأن المظنة يجوز التعليل بها مع العلم بانتفاء حكمها وهذا كذلك . والجواب أن المظنة ما ينبغي معها الحكمة إن لم تلزم فالعروف بذلك حيث لا ينس مظنة . والحاصل إما تخصيص العلة أو القوم بأن العلة مجموع قرابة الأب غير المعروف بسوء الاختيار على الاختلاف في جواز تخصيص العلة وعلمه . ومثله تزويج الأب بنته من غير كفء عبدا أو غيره فقدمتها ، والوجه من الجاهلين واحد ، والله أعلم .

(فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها)

من أحكام الولي والفضولي وبيّن الرسول تذكيره بعد إن شاء الله تعالى . ولما كانت الوكالة نوعا من الولاية إذ ينفذ تصرفه على الموكل غير أنها تستفاد من الولي على نفسه أو غيره كانت ثانية للولاية الأصلية فأوردناها ثانية في التعليم لباب الأولياء ، ثم ذكر غيرها من الفضولي لتأخره عنهما لأن النفاذ بالإجازة إنما ينسب إلى الولي المميز فنزل عقد الفضولي كالشرط له حيث لم يستعقب بنفسه حكمه كما هو الأصل في السبب ، غير أن ابتدائه بالولي إن نظر فيه إلى أنه أقوى ناسب الابتداء به ، وإن نظر إلى أن عقد التفصيل للوكيل أولا وبالذات كان المناسب الابتداء بمسئلة الوكيل (قوله ويموز لابن الم أن يزوج بنت عمه من نفسه) الصغيرة بغير إذنها وبالذات بإذنها ، فيقول اشهدوا أنني تزوجت بنت عمي فلاتة بنت فلان بن فلان أو زوجتها من نفسي (وقال زفر : لا يجوز ، وإذا أذنت المرأة للرجل أن يزوجهما من نفسه فقد بحضرة شاهدين جاز ، وقال زفر والشافعي : لا يجوز)

(فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها)

لما كانت الوكالة نوعا من الولاية من حيث أن تصرف الوكيل ينفذ على الموكل كتصرف الولي على المولى عليه ناسب أن يذكرها في باب الأولياء في فصل على حدة . وقوله (وغيرها) أي غير الوكالة كنكاح الفضولي . وقوله (ويموز لابن الم) صورته وتحرير المباح في ظاهره ، وقد جمع بين دليل زفر والشافعي لاشترائيهما في معنى

(فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها)

لما أن الواحد لا يتصور أن يكون ملكاً ومتملكاً كما في البيع ، إلا أن الشافعي يقول في الولي ضرورة لأنه لا يتولاه سواء : ولا ضرورة في حق الوكيل .

وصورتها أن يقول اشهدوا أن فلانة بنت فلان بن فلان وكلتني أن أزوجه من نفسي وقد فعلت ذلك ، فلم ينسبها إلى الجدة ولم يعرفها بالشهود في التصاريق وسمه فيها بينه وبين الله تعالى أن يطأها . وفي النوازل قال : لا يجوز النكاح لأن الغائب إنما يعرف بالتسمية . ألا يرى أنه لو قال تزوجت امرأة وكلتني لا يجوز ، وعلى هذا الخلاف كل وكيل لامرأة بتزويج نفسها . وذكر الخصاص : رجل . خطب امرأة فأجابته وكهنت أن يعلم أولياؤها فجعلت أمرها في تزويجها إلى الخاطب واتفقا على المهر ففكر الزوج تسميتها عند الشهود قال : يقول إلى خطبت امرأة بصدائق كذا ورضيت به وجعلت أمرها إلى بأن أزوجه فأشهدكم أني تزوجت المرأة التي أمرها إلى على صدائق كذا فيعتقد النكاح . قال غيس الأئمة الحلواني : الخصاص كبير في العلم وهو ممن يقتدى به . وقال في التجنيس : وذكر في المتن أن مثل هذا التعريف يكتفى ، ومثل هذا الخلاف فيها لو كانت حاضرة متقية ولا يعرفها الشهود ، فمن الحسن وبشر يجوز ، وقيل لا يجوز ما لم ترفع نقابها ويرأها الشهود ، والأول أقيس فيها يظهر بعد سماع الشطرين منهما لأن الشرط ليس شهادة تعتبر للأداء ليشترط العلم على التحقيق بذات المرأة على ما تقدم ، ثم رأيت في التجنيس أنه هو المختار لأن الحاضر يعرف بالإشارة والاحتياط كشف نقابها وتسميتها ونسبتها ، وهذا كله إذا لم يعرفها الشهود ، أما إذا كانوا يعرفونها وهي غائبة فذكر الزوج اسمها لا غير جاز النكاح إذا عرف الشهود أنه أراد المرأة التي يعرفونها لأن المقصود من التسمية التعريف وقد حصل اه . ويقولنا قال مالك وأحمد وسفيان الثوري وأبو ثور والظاهرية . وقوله من نفسه احتراز عما لو وكلته أن يزوجه مطلقاً فإنه لو زوجه من نفسه لا يجوز ، وكذا لو وكلت أجنبياً أو وكل امرأة بأن تزوجه فروجه من نفسها لا يصح أيضاً (لزمرف والشافعي أن الواحد لا يتصور) على البناء للفاعل (أن يكون ملكاً ومتملكاً كما في البيع) لا يجوز كونه وكيلاً من الجانبين لنضاد حكي التليك والتك ، ويوافقه الأثر ، وهو ماروي عنه صلى الله عليه وسلم . كل نكاح لم يحضره أربعة فهو سفاح : خاطب ، وولي ، وشاهدا عدل ، (إلا أن الشافعي يقول) على أحد الوجهين (في الولي ضرورة إذ لا يتولاه غيره) فلو منع من تولي شرطه امتنع أصلاً لأنه لو أمر غيره بتزويجها منه كان قائماً بمقامه وانتقلت عبارته إليه كتكلمه هو بنفسه فلا فرق في التحقيق . وهذا الاستثناء جاء على اعتقاد المصنف أن الشافعي يقول في المسئلة الأولى بالموافق كقولنا ولذا اقتصر في نقل الخلاف فيها على خلاف زفر ، لكن الواقع ثبوت خلاف الشافعي فيها أيضاً لأنه لا يثبت ولاية إجبار لغير الأب والجدة فلا يتصور أن يجوز تزويج ابن الم بنت عمه من نفسه ، واللى يجوز الشافعي من تولي الطرفين هو تزويج الجدة بنت ابنه من ابن ابنته وليس هو في هذا زمكاً . متملكاً فلا يصلح مستقلاً ، ولو جعل مقطوعاً لم يصح تعليقه بالضرورة ، فإن معنى الكلام أنه لا يصح أن يكون المباشر ملكاً ومتملكاً شرعاً إلا في الولي ، صح ذلك ضرورة لكنه متفاهم . لامتناع الحاجة إلى ولاية الإجبار ، فالشافعي يجوز تزويج ابن الم بنت عمه بالهالة من نفسه بإذن ضرورة التاميل ، إلا أنه لا يجوز ذلك عنه الشافعي أيضاً إلا في وجه

وهو أن الواحد لا يكون ملكاً ومتملكاً لشيء واحد في زمان واحد . واستفتى الشافعي الولي لأن مذهبه فيه

(قال المصنف : إلا أن الشافعي يقول في الول ضرورة كذا) أقول : قال ابن الجمام : هذا الاستثناء بناء على اعتقاد المصنف أن الشافعي يقول في المسئلة الأولى بالموافق كقولنا ، ولذا اقتصر في نقل الخلاف فيها على خلاف زفر ، لكن الواقع ثبوت خلاف الشافعي فيها أيضاً لأنه لا يثبت ولاية إجبار لغير الأب والجدة فلا يتصور أن يجوز تزويج ابن الم بنت عمه من نفسه ، واللى يجوز الشافعي من تولي الطرفين هو تزويج الجدة بنت ابنه من ابن ابنته وليس هو في هذا زمكاً . متملكاً فلا يصلح مستقلاً ، ولو جعل مقطوعاً لم يصح تعليقه بالضرورة ، فإن معنى الكلام أنه لا يصح أن يكون المباشر ملكاً ومتملكاً شرعاً إلا في الولي ، صح ذلك ضرورة لكنه متفاهم . لامتناع الحاجة إلى ولاية الإجبار ، فالشافعي يجوز تزويج ابن الم بنت عمه بالهالة من نفسه بإذن ضرورة التاميل ، إلا أنه لا يجوز ذلك عنه الشافعي أيضاً إلا في وجه

ولنا أن الوكيل في النكاح سفير ومعبّر : والتأمّن في الحقوق دون التعبير ولا ترجع الحقوق إليه : بخلاف البيع لأنه مباشر حتى رجعت الحقوق إليه ، وإذا تولى طرفيه فقوله زوجت يتضمن الشطرين فلا يحتاج إلى القبول . قال (وترويج العبد والأمة بغير إذن مولاها موقوف فإن أجازاه المولى جاز . وإن رده بطل . وكذلك لو زوج رجل امرأة بغير رضاه أو رجلا بغير رضاه) وهذا عندنا فإن كل عقد صدر من القضولى وله عييز انعقد موقفا على الإجازة . وقال الشافعى : تصرفات القضولى كلها باطلة

من تولى الولى الطرفين هو ترويع الجدة بنت ابنه من ابن ابنه وليس هو في هذا مملكا ومتملكا فلا يصلح مستقنى ، ولو جعل منقطعا لم يصح تعليله بالضرورة ، فإن معنى الكلام أنه لا يصح المباشرة مملكا ومتملكا شرعا إلا في الولى صبح ذلك ضرورة لكنه منتف (ولنا أن الوكيل في النكاح سفير ومعبّر) حتى لا يستغنى عن إضافة العقد إلى الموكل على ما ذكر ، ولا ترجع حقوق العقد إليه حتى لا يطالب بالمهر وتسلم الزوجة ، بخلاف البيع لا يصح أن يكون الواحد فيه وكيلًا من جهة البائع والمشتري فإنه فيه مباشر ترجع الحقوق إليه ويستغنى عن الإضافة . والواحد يصلح أن يكون معبرا عن اثنين والتأمّن إنما هو في الحقوق لا في نفس التلفظ ، فالذى يرجع إليه لا امتناع فيه ، والذى فيه الامتناع لا يرجع إليه ، وللاقتضال لكونه معبرا بعبارة الغير يكون ذلك العقد قائم بأربعة الاثنين المعبر عنهما والشاهدين على ما هو في الأثر . واعلم أنه يستغنى من مسئلة الوكيل بالبيع من الجانبين الأب : فإنه لو باع مال ابنه من نفسه أو اشتراه ولو بنين يسير صح ، ولا يحتاج أن هذا على التشبيه ولا فيبيع الأب أبس بطريق الوكالة بل بالولاية والأصالة . ثم إذا تولى طرفيه قال المصنف فقوله زوجت فلاته من نفسى يتضمن الشطرين فلا يحتاج إلى القبول بعده ، وكلنا ولى الصغيرين القاضى وغيره ، والوكيل من الجانبين يقول زوجت فلاته من فلان . وقال شيخ الإسلام خواهر زاده : هنا إذا ذكر لفظا هو أصيل فيه ، أما إذا ذكر لفظا هو نائب فيه فلا يكفى ، فإن قال تزوجت فلاته كفى ، وإن قال زوجها من نفسى لا يكفى لأنه نائب فيه . وعبارة النهاية وهى ما ذكرناه أنفا صريحة في نفي هذا الاشتراط ، وصرح بنفيه في التجنيس أيضا في علامة غريب الرواية والفتاوى الصغرى قال : رجل تزوج بنت أخيه من ابن أخيه فقال زوجت فلاته من فلان يكفى ولا يحتاج إلى أن يقول قبلت ، وكلنا كل من يتولى طرف العقد إذا أتى بأحد شطرى الإيجاب يكفيه ، ولا يحتاج إلى الشطر الآخر لأن اللفظ الواحد يقع دليلا من الجانبين (قوله فإن كل عقد) كالبيع والإجازة ونحوهما (صدر من القضولى وله عييز انعقد موقفا على الإجازة) فإذا أجاز من له الإجازة ثبت حكمه مستندا إلى العقد . فسر العييز في النهاية بقابل

كذهب علمائنا الثلاثة ، وبناء على الضرورة (ولنا أن الوكيل في النكاح سفير ومعبّر) وكل من هو كذلك لا يمنع أن يكون مملكا ومتملكا لأنه لا تأمّن في التعبير بأن يقول تزوجت بنت عمى فلاته على صداق كذا ، وإنما التأمّن في الحقوق كالتسليم والتسلم والإيفاء والامتناع وهى لا ترجع إليه لأنه سفير لا مباشر (بخلاف البيع لأنه مباشر حتى رجعت الحقوق إليه ، وإذا تولى طرفيه فقوله زوجت يتضمن الشطرين) أى شطرى الإيجاب والقبول لأن الواحد لما قام مقام اثنين قامت عبارته الواحدة أيضا مقام عبارتين (فلا يحتاج إلى القبول) وقوله (وترويج العبد والأمة) ظاهر . وقوله (وله عييز) أى قابل يقبل الإيجاب سواء كان فضوليا آخر أو وكيلًا أو أصيلا .

أبعد كما نرض به في حكمهم (قوله بأن يقول تزوجت بنت عمى فلاته الخ) أقول : هذا ليس من الترويع بالوكالة بل بالولاية (قال المصنف : ولا ترجع الحقوق إليه الخ) أقول : قال السروجى : قوله ولا ترجع الحقوق إليه ، قلت : تعليل صحيح لو سلم من النفس ولم يسلم ، فإن

لأن العقد وضع لحكمه ، والفضولي لا يقدر على إثبات الحكم فيلغو . ولنا أن ركن التصرف صلب من أهله مضافا إلى عمله ، ولا ضرر في انعقاده

يقبل الإيجاب سواء كان فضوليا أو وكيليا أو أصيلا . وقال في فصل بيع الفضولي من النهاية : الأصل عندنا أن العقود تتوقف على الإجازة إذا كان لها محيز حالة العقد جازت وإن لم يكن تبطل . والشراء إذا وجد نفاذا نفذ على العاقد ولا يتوقف . بيانه : الصبي إذا باع ماله أو اشترى أو تزوج أو زوج أمته أو كاتب عبده أو نحوه يتوقف على إجازة الولي في حالة الصغر ، فلو بلغ قبل أن يحيزه الولي فأجاز بنفسه نفذ لأنها كانت متوقفة ولا ينفذ بمجرد بلوغه ، ولو طلق الصبي امرأته أو خالعها أو أعتق عبده على مال أو دونه أو وهب أو تصدق أو زوج عبده أو باع ماله بمعاينة فاشحة أو اشترى بأكثر من القيمة مالا يتباين فيه أو غير ذلك مما لم يفعله وليه لا ينفذ كانت هذه الصور باطلة غير متوقفة ، ولو أجازها بعد البلوغ لعلم المحيز وقت العقد إلا إذا كان لفظ الإجازة يصلح لابتناء العقد فيصح على وجه الإنشاء كأن يقول بعد البلوغ أو أوقعت ذلك الطلاق والعناق اهـ . وهذا يوجب أن يفسر المحيز هنا بمن يقدر على إمضاء العقد لا بالقابل مطلقا ولا بالولي ، إذ لا يتوقف في هذه الصور ، وإن قبل فضولي آخر أو ولي لعدم قدرة الولي على إمضاها ، ولو أراد هنا بالمحيز مخاطب مطلقا كان ينبغي أن يقول وله محيز ومن يقدر على إنفاذه ليصح جواب المسئلة : أئضى قوله انعقد موقوفا لأن الصبي في الصور المذكورة فضولي ، ولو قبل عقده آخر لا يتوقف لعدم من يقدر على إنفاذه ، وعلى هذا لا يكون العقد شاملا لليمين لأنها لا تتوقف على مخاطب بل على من له قدرة إمضائه قطع ، وصورته أن يقول أجنبي لامرأة رجل إن دخلت الدار مثلا فأنت طالق ، فإنه يتوقف على إجازة الزوج ، فإن أجاز تعلق فتلحق بالدخول ، ولو دخلت قبل الإجازة لا تطلق عند الإجازة ، فإن عادت ودخلت بعدها طلقت ، وكذا في الجامع . وفي المتن ، إذا دخلت قبل الإجازة فقال الزوج أجزت الطلاق على فهو جائز ، ولو قال أجزت هذه اليمين على لزمته اليمين ولا يقع الطلاق حتى تدخل بعد الإجازة . وعرف مما ذكرنا أن الصبي إذا تزوج يتوقف على إجازة وليه لأن الصبي العاقل من أهل العبارة غير أنه محتاج إلى رأى الولي ، فالصواب أن يحمل المحيز على من له قدرة الإمضاء ويندرج المخاطب في ذكر العقد من قوله كل عقد يعقده الفضولي فإن اسم العقد لا يمت إلا بالشطرين أو ما يقوم مقامهما ، فعلى هذا قوله وما لا يحيز له ، أى ما ليس له من يقدر على الإجازة يبطل كما إذا كان تحته حرة فزوجه الفضولي أمة أو أخت امرأته أو خامسة أو زوجته محتلة أو مجنونة أو صغيرة بقيمة في دار الحرب ، أو إذا لم يكن سلطان ولا قاض لا يتوقف لعلم من يقدر على الإمضاء حالة العقد لأن دار الحرب ليس بها مسلم له ولاية حكم ليمكن تزويجه البيعة فكان

وقوله (لأن العقد وضع لحكمه) بناء على أن المقاصد الأصلية هو الحكم والأسباب والعلة وسائل إليه (والفضولي لا يقدر على إثبات الحكم) والإجازة للناس تمليك أموال الناس للناس وفيه من الفساد مالا يخفى ، وإذا لم يكن قادرا كان كلامه لغوا (ولنا أن ركن التصرف) وهو قوله تزوجت وتزوجت (صلب من أهله) وهو الحر العاقل البالغ (مضافا إلى عمله) وهو الأئضى من بنات آدم عليه السلام وليست من المهرمات (ولا ضرر في انعقاده) لكونه

الوكيل لزوج موكله على عهده يطلب بتسليمه اهـ . ويمكن أن يقال : متى كلام المصنف لا ترجع إليه الحقوق بمجرد كونه مائدا وجعل عهده مورا لثابت على العقد فاقبل .

فينتقد موقفا . حتى إذا رأى المصلحة فيه ينقذه . وقد يترأخى حكم العقد عن العقد (ومن قال اشهدوا أنى قد تزوجت فلانة فبلغها فأجازت فهو باطل . وإن قال آتخر اشهدوا أنى قد تزوجها منه فبلغها الخبر فأجازت جاز ، وكذلك إن كانت المرأة هى التى قالت جميع ذلك)

كالمكان الذى فى دار الإسلام ليس له حاكم ولا سلطان فإنه أيضا يتعنز تزويج الصغار فيه الذى لا حواصبل لمن فوقه باطلا ، حتى لو زال المانع بموت امرأته السابقة وانقضاء عدة المعتدة فأجاز لا ينقذ ، أما إذا كان فيجب أن يتوقف لوجود من يقدر على الإمضاء . ولا يلزم على هذا المكاتب إذا تكفل بماله ثم أعتق حيث تصع هذه الكفالة حتى يؤخذ فيها بعد الحرية وإن لم يكن لها مجيز حال وقوعها ، وكذا إذا وكل المكاتب بعتق عبده ثم أجاز هذه الوكالة بعد العتق فنقلت الوكالة . وكذا لو أوصى بعين من ماله ثم عتق فأجاز الوصية يصح لأن كفالته التزام المال فى النعمة وذمته قابلة للالتزام ، لكن لا يظهر للحال لحق المولى ، فإذا زال المانع بالإعتاق ظهر وجبه . أما التوكيل والوصية فالإجازة فيما لإنشاء لأتبعهما بقصد الإجازة والإنشاء لا يستدعى عقدا سابقا ، ولذا لو قال لآخر أجزت أن تطلق امرأتى أو أن تعتق عبدي أو أن تكون وكيلى أو أن يكون مالى وصية كان توكيلا ووصية ، بخلاف غيرهما من التصرفات لو قال أجزت عتق عبدي أو أن تكون فلانة زوجتى أو أن يكون مالى لفلان لايم ذلك . ثم شرع يستدل على توقف عقد الفضولى فقال إن ركن العقد وهو الإيجاب والقبول صدر من أهله وهو العاقل البالغ مضافا إلى عمله وهو غير المحرمات والحال أنه لا ضرر فى انعقاده على التوقف ، إنما الضرر فى إبرامه بدون اختيار من له الإجازة فوجب أن ينتقد موقفا على الإجازة حتى إذا رأى من له الإجازة المصلحة فيه ينقذه وإلا يتركه ، فما فيه الضرر لم يثبت بهذا العقد ، وما فيه مصلحة وهو توقفه على الإجازة عند ظهور وجه وجود المصلحة له هو الثابت ، فكان تصرف الفضولى هذا من باب الإعانة على تحصيل غرض المسلم من تحصيل الكفء والمهر وجبر السلعة فوجب اعتباره على الوجه الذى قلناه لأنه داخل فى عموم فعل الخيرات (وقد يترأخى حكم العقد عن العقد) كما فى البيع بشرط الخيار للبائع يترأخى ملك المشتري إلى اختيار البائع البيع فلم تترتب فى الحال على عقد الفضولى لا يوجب بطلانه . والأولى أن يقال عقد يرجى فقه واستعقابه حكمه ولا ضرر فى انعقاده موقفا فوجب انعقاده كذلك حتى إذا رأى النخ ، فقوله لا يقدر على إثبات حكمه فبأنه ممنوع الملازمة بل إذا أيس من مصلحته . وإنما قلنا هذا لأن قوله صدر من أهله بما يمنع ، ويقول الشافعى إن أريد أهل العقد فى الجملة فسلم ولا يفيد ، وإن أريد هذا العقد الذى هو فيه فضولى فممنوع بل أهله من له ولاية إثبات حكمه (قوله ومن قال اشهدوا أنى قد تزوجت فلانة) يعنى الغالبة من غير إذن سابق منها (فبلغها فأجازت فهو باطل وإن قال آتخر اشهدوا أنى قد تزوجها منه فقيل آتخر فبلغها فأجازت جاز) وإن لم يقبل أحد لم يبر (وكذلك إن كانت المرأة هى التى قالت جميع ذلك) يعنى يكون العقد باطلا إذا قالت اشهدوا أنى قد تزوجت فلانا : يعنى الغالب من

غير لازم موقفا على الإجازة (فينتقد موقفا ، فإن رأى فيه مصلحة فنقذه) وإلا أبطله . وقوله (وقد يترأخى حكم العقد) جواب عن قوله لأن العقد وضع لحكمة وتقريره القول بالموجب : يعنى سلمنا ذلك لكن الحكم ههنا لم يتقدم بل تأخر إلى الإجازة ، والحكم قد يترأخى عن العقد كما فى البيع بشرط الخيار ، فإن لزومه مفرغ إلى سقوط الخيار . وقوله (ومن قال اشهدوا أنى قد تزوجت فلانة) ظاهر . والفرق بين المشتلين أن الأولى لا مجيز

وهذا عند أبي حنيفة ومحمد - وقال أبو يوسف : إذا زوجت نفسها غائبا فإجازه جاز . وحاصل الخلاف أن الواحد لا يصلح فصوليا من الجاهلين أو فصوليا من جانب وأصيلا من جانب عندهما خلافا له .

غير إذن سابق لها منه فبلغه الخبر فأجاز ، وإن قال آخر اشهدوا أني قد زوجت منها قبل آخر عن الغائب فبلغه فأجاز جاز ، وإن لم يقبل أحد عن الغائب لم يجز وإن أجاز (وهذا عند أبي حنيفة ومحمد) يعني هذا التفصيل ، وقال أبو يوسف فيما يجوز إذا أجاز الغائب وإن لم يقبل أحد . وبقيت صورة ثالثة هي أن يقول رجل زوجت فلانة من فلان فيكون فصوليا من الجاهلين إن قبل منه فصولي آخر توقف اتفاقا وإلا فعل الخلاف فتحصل ست صور : ثلاث اتفاقية وهي قول الرجل تزوجت فلانة أو المرأة تزوجت فلانا أو الفصولي زوجت فلانة من فلان وقبل آخر فيها ، وثلاث خلافية هي هذه إذا لم يقبل أحد ، ثم قال : وحاصل الخلاف الخ : يعني أصل هذا الخلاف اختلافهم في أن الواحد لا يصلح فصوليا من الجاهلين أو فصوليا من جانب أصيلا من جانب أو وكيلا أو وليا . وقيد بعضهم بما إذا تكلم بكلام واحد . أما إذا تكلم بكلامين فإنه يتوقف بالاتفاق : ذكره في شرح الكافي والخواشي . ولا وجود لهذا القيد في كلام أصحاب المذهب . بل كلام محمد على ما في الكافي للحاكم أبي الفضل الذي جمع كلام محمد مطلق عنه ، وأصل المبسوط خال عنه . قال : ويجوز للراحد أن ينفرد بعقد النكاح عند الشهود على اثنين إذا كان وليا لهما أو وكيلا عنهما ، ولا يجوز ذلك إذا كان وليا أو وكيلا لأحدهما دون الآخر ، أو لم يكن وليا ولا وكيلا لواحد منهما ، وعبارة المبسوط أيضا كذلك ، وإنما هو من التصرفات . والظاهر أن منشأ ما نقل من المبسوط من أن أصل الخلاف في هذه الصور أن شرط العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس عندهما وهو قول أبي يوسف أولا ، وقال آخر لا يتوقف ، فأخذ منه أن الفصولي لو تكلم بكلامين بأن قال زوجت فلانة من فلان وقبلت عنه توقف بالاتفاق : يعني لأنه حينئذ عقد لاشطر ، وأن الخلاف فيها إذا تكلم بكلام واحد ، وقيد به بعضهم قول الهداية والحق الإطلاق ، وبتركلمه بكلامين لا يخرج عن كونه فصوليا من الجاهلين ، وقوله في الهداية في وجه قولهما وشرط العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس صريح في أن عدم توقف الشرط اتفاق لأن الإلزام لا يقع إلا بمقتضى وإلا لم يصح فيخالف ما في المبسوط ، وهو الراجح لأنه لا يعلم خلاف في أنه إذا أوجب أحد المتعاقدين في البيع أو النكاح فلم يقبل الآخر في المجلس بطل وهذا معنى الاتفاق ،

لها فلا توقف ، والثانية لها محيز فتوقف لما تقدم أن شرط التوقف وجود المحيز . وقوله (وهذا) أي مجموع ما ذكر (قول أبي حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف : إذا زوجت نفسها فبلغه) يعني بغير محيز (كأجازه جاز) قوله . (وحاصل ذلك) قال الإمام المحبوبي : هنالك مسائل ، ثلاث منها تنف على الإجازة بلا خلاف : أحدها أن الفصولي إذا قال زوجت فلانة من فلان وقبل عنه فصولي آخر ، أو قال الرجل تزوجت فلانة وهي غائبة فأجابها فصولي وقال زوجها منك وقالت المرأة زوجت نفسي من فلان الغائب وقبل عن فلان فصولي توقف العقد على الإجازة في هذه الفصول الثلاثة بالاتفاق ، لأنه عقد جرى بين اثنين فيكون تاما موقوفا على الإجازة . وفي ثلاث منها اختلاف : أحدها ما ذكر أولا وهو قوله ومن قال اشهدوا أني قد تزوجت فلانة ، والثانية أن تقول المرأة زوجت نفسي من فلان وفلان غائب ولم يقبل عنه آخر . والثالثة أن يقول الفصولي زوجت

(قوله وهذا : أي مجموع ما ذكر) أقول : أو التفصيل المذكور .

ولو جرى العقد بين الفضولين أو بين الفضول والأصيل جاز بالإجماع . هو يقول لو كان مأمورا من الجانبين نفذ ، فإذا كان فضوليا يتوقف وصار كالخلع والطلاق والإعتاق على مال . ولهما أن الموجود شرط العقد لأنه شرط حالة الحضرة فكلما عند النية ، وشرط العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس كما في البيع ، بخلاف المأمور من الجانبين لأنه ينقل كلامه إلى الماقيدين ، وما جرى بين الفضولين عقد تام ، وكلما الخلع وأختاه لأنه تصرف يمين من جانبه حتى يلزم فيه به

على أن شرط العقد لا يتوقف ولا لحاز أن يقبل في مجلس آخر ، ويتم النكاح والبيع عند أبي يوسف وليس كذلك ، فالحنق أن مبنى الخلاف في أن ما يقوم بالفضولي عقد تام أو شرطه ، فعندما شرط فلا يتوقف وعنده تمام فيتوقف وعلى هذا تقرر الدليل من الجانبين (قوله هو يقول لو كان مأمورا من الجانبين نفذ اتفاقا) وهو فرع اعتبار الصادر منه عقدا تاما وهو فرع قيام كلامه مقام كلامين ، فإذا كان فضوليا من الجانبين يتوقف لأنه لا يشارك إلا وجود الإذن وعدمه ، وأثره ليس إلا في النفاذ فيبقى ماسوي النفاذ من كونه عقدا تاما فيتوقف . وحاصله قياس صورة عدم الإذن على صورة الإذن في كونه عقدا تاما ويثبت بثبوته لازمه وهو التوقف بلبناء الفارق . وقوله (وصار كالخلع) يعني من جانبه (والطلاق والإعتاق على مال) قياس على صور آخر هي ما إذا قال خلت امرأتى أو طلقها على ألف وهي غائبة فبلغها الخبر فأجازت جاز ، وكلما اعتقت عبدي على ألف فبلغه الخبر فأجاز جاز كالأولى . ولهما أن القائم به شرط العقد وشرطه لا يتوقف ، أما الثانية فبالإتفاق ، وأما الأولى فذاته شرط حالة الحضرة : أي خطاب الحاضر وقبوله ، فكلما حالة النية لأنه لا يشارك بحال إلا أن يتكلم بكلامين حالة النية ، وذلك لا يوجب صيرورته عقدا تاما لأن كون كلامي الواحد عقدا تاما هو أثر كونه مأمورا من الطرفين أو من طرف وله ولاية الطرف الآخر ، وهذا لأن العقد عبارة عن كلام اثنين يتبادلان بدلين ، وكلام الواحد

فلازمة من فلان وهما غائبان ولم يقبل أحد فعل قولهما لا يتوقف العقد على إجازة الغائب ، وهو قول أبي يوسف ، وأولا ، وعلى قوله آخر يتوقف (هو يقول) في الفضولي من الجانبين (لو كان مأمورا من الجانبين نفذ ، فإذا كان فضوليا يتوقف) لأن كلام الواحد عقد تام في النكاح باعتبار الإذن ابتداء فكلما باعتبار الإجازة انتهاء ، لأن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة كما في الخلع والطلاق والإعتاق على مال ، فإن الزوج إذا قال خالعت أمة على كذا وهي غائبة فبلغها الخبر قبلت في مجلس علمها جاز بالاتفاق ، وكذلك الطلاق والإعتاق على مال ، احتياج الكل إلى الإيجاب والقبول (ولهما أن الموجود شرط العقد لأنه شرط حالة الحضرة) حتى ملك الرجوع قبل قبول الآخر وبطل بالقيام قبل قبول الآخر ، ولو كان عقدا تاما لم يكن كذلك والجانب (فكلما عند النية) لأن الدال على ذلك المعنى هو الصيغة وهي لم تختلف (وشرط العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس . كما في البيع ، بخلاف المأمور من الجانبين لأنه ينقل كلامه إلى الماقيدين) فيصير ككلامين (وما جرى بين الفضولين عقد تام) لوجود الإيجاب والقبول فيتوقف (وكلما الخلع وأختاه) أي الطلاق على مال والإعتاق عليه (لأنه تصرف يمين من جانبه) ولهما أن كان لازما لا يقبل الرجوع والعين يتم بالخالف فكان عقدا تاما ،

(قوله والجميع احتياج الكل) أقول : فيه بحث : فإن هذا الجامع يوجد في جل العقود ولا يتوقف (قال المصنف : ولهما أن الموجود شرط العقد) أقول : يعني أن المبرجود المتبرع شرا هو شرط العقد ، وهذا يشمل ما إذا تكلم الفضول بكلام واحد أو كلامين لإيجاب وقبول ، فإن قبوله غير متبرع شرا كما في حالة الحضرة ، فكلما في النية فيتلحق بالعلم ، والله أعلم .

(ومن أمر رجلا أن يزوجه امرأة فروجه اثنتين في عقدة لم تلزمه واحدة منهما) لأنه لاوجه إلى تنفيذها للمخالفة ولا إلى التنفيذ في إحداها غير عين للجهة ولا إلى التعيين لعدم الأولوية

ليس كلام اثنين إلا حكما لإثنين له أو ولاية له : ولا إذن للفضولي فلا عقد تام يقوم به ، فتضمن هذا التقرير منع كون الإذن ليس أثره إلا في النفاذ بل تأثيره في النفاذ يستلزم تأثيره في كونه عقدا تاما ، وفي كون كلامه ككلامين لتوقف النفاذ على ذلك : ولو سلم عدم تأثيره فيما لم يلزم كون كلام الفضولي عقدا تاما لأن كون الكلام عقدا تاما لا يلزم شرعى مساو للنفاذ ولا إذن للفضولي فانتفى حكمه بلازمة المساوى ، بخلاف الخلع وأختيه لأنه تصرف يمين حتى لا يملك الرجوع لأنه تعليق الطلاق والعق يقبولهما المال فيم به إذ ليس عقدا حقيقيا ، ولذا لو كانت هي الخالعة بأن قالت خالعت زوجي على ألف لم يتوقف لأنه من جانبها مبادلة . وعرض بأنه لو كان تعليق لما بطل لو قال طلقك بكذا فقامت من المجلس قبل القبول لكنه يطل ، وليس لها أن تقبل بعده . أجب لا يلزم من كونه تعليقاً أن لا يبطل بالقيام بل من التعليقات ما يبطل به ويقتصر على وجود الشرط في المجلس كقوله أنت طالق إن شئت يقتصر على وجود المشيئة في المجلس وهذا مثله .

[فروع] للفضولي في النكاح أن يفسخه قبل الإجازة عند أبي يوسف ، حتى لو أجاز من له الإجازة بعد ذلك لا ينفذ في قول أبي يوسف الآخر قاسه على البيع وليس له ذلك عند محمد . ويفرق بأن حقوق العقد في البيع ترجع إلى الفضولي بعد الإجازة لأنه يصير كالوكيل بخلاف النكاح . هذا وثبتت الإجازة بأجزت ونحوه بلا خلاف ، وكذا بقوله نعم ما صنعت وبارك الله لنا وأحسن وأصبحت على المختار ، واحتال الاستهزاء لا ينفى ظهوره في الإجازة . وكذا هذا في طلاق الفضولي ويصح ، وكذا إذا هنأه قبل البتة لأنه دليل الرضا ، وكذا إذا قال طلقها بخلاف قوله طلقها لبعده لأن محرمه يقتضى حله على ما يناسبه من المأثرة ومسايق الكلام فيه . ولو زوجه الفضولي أو بما في عقدة وثلاثا في عقدة طلق واحدة من فريق كان إجازة لنكاح ذلك الفريق لأن الطلاق الصحيح فرع النكاح الصحيح ، وكذا لو ادعت على رجل نكاحا فأنكر ثم طلقها أو قالت لرجل طلقني يكون إقرارا بالنكاح الصحيح لأن دعوها لم يظن كونها كذبا ومحرمها ليكون ظاهرا في المأثرة ، بخلاف ما لو باره العبد بلا إذن سيده . وقوله بالفارسية مال انيست إجازة على ما اختاره أبو الليث لأنه يستعمل للإجازة ظاهرا ، ومثل ذلك في المرأة ، وقبول المهر لإجازة ، وقبول الهدية ليس بإجازة لأنه لا يتوقف سلامته على النكاح بخلاف المهر (قوله ومن أمر رجلا أن يزوجه امرأة فروجه اثنتين في عقدة لم تلزمه واحدة منهما) هذا شروع في مسائل الوكيل ، ولا تشترط

وإنما قال من جانبه لأن الخلع من جانبها معاوضة على ما سيجيء . قوله (ومن أمر رجلا أن يزوجه امرأة فروجه اثنتين) لا يخلو إما أن يكون التوكيل بامرأة معينة أو غيرها ، والثاني مسألة الكتاب وهو على ما ذكره وأوضح : وكان أبو يوسف يقول أولا لا يصح نكاح إحداها بغير عينها والبيان إلى الزوج لأن المأمور بمثل أمره في إحداها ، ولا يبعد أن تكون إحداها بغير عينها منكوسة ، كما لو طلق إحدى امرأته ثلاثا بغير عينها فالبين إلى الزوج . قال شمس الأئمة السرخسي : وهذا ضعيف لأنه ليس كالطلاق لإحالة التعليق بالشرط دون النكاح ، وما لا يحتمل التعليق بالشرط لا يثبت في المجهول لأنه تعليق بالبيان ، بخلاف الطلاق وفي الأول وهو أن أمره أن يزوجه فلاة

(قوله وكان أبو يوسف ، إل قوله : لأنه ليس كالطلاق الخ) أقول : الظاهر من تقرير تعليق أبي يوسف أنه قاس سأل ابتداء النكاح بحال بقائه بالنكاح بالطلاق ، فكان الأول في بيان ضعفه أن يفرق بين البقاء والابتداء ، وكمن من ثم يثبت ضمنا ولا يثبت استغلا لا قوله وما لا يحتمل التعليق بالشرط لا يثبت في المجهول الخ) أقول : قال السرخسي . قلت : يرد على هذه التلة بيع عبد من عتيد ، على أن

فتعين التفريق (ومن أمره أمير بأن يزوجه امرأة فزوجته أمة لغيره جاز عند أبي حنيفة) رجوعا إلى إطلاق اللفظ وعدم التهمة (وقالوا : لا يجوز إلا أن يزوجه كفاً) لأن المطلق ينصرف إلى المتعارف

الشهادة على الوكالة بالنكاح بل على عقد الوكيل ، وإنما ينبغي أن يشهد على الوكالة إذا خيف جحد الموكل إياها . وقوله لم يلزمه واحدة منهما : يعني إذا لم يعينها للوكيل ، وكأنه اكتفى بالتكثير دلالة على ذلك ، أما إذا عينها فزوجها إياها مع أخرى في عقدة واحدة نفذ في المينة ، ولو تزوجه إياها في عقدتين لزمته الأولى وتوقف الثانية لأنه فضولى فيه ، ولو أمره بشتين في عقدة فزوج واحدة جاز ، بخلاف ما لو أمره بشراء ثوبين في صفقة لا يملك التفريق لأن الحمل في البيع مظنة الرخص فاعتبر تقييده ، وليس في النكاح كذلك فلا يعتبر إلا إن قال : لا تزوجني إلا امرأتين في عقدة واحدة ، ثم أفاد وجه ما ذكر في الكتاب بقوله ولا وجه إلى تنفيذ المخالفة ولا إلى تنفيذ إحداها غير عين للجهالة ولا إلى التعيين لعدم الأولوية فتعين التفريق وهو غير مطابق للدعوى لأنها عدم لزوم واحدة منهما لا لزوم التفريق بينه وبين كل منهما ولا يساويها إذ لا أن يميز نكاحها أو نكاح إحداها ، ولا هو لازم بما ذكره ، بل اللازم عدم إمكان تنفيذهما وتنفيذ إحداها مبهمة ومعينة فائتي اللزوم مطلقا وهو المطلوب . وكان أبي يوسف يقول أولا : يصح نكاح إحداها بغير عينها والبيان إلى الزوج ، ثم رجع لأنه إنما يثبت في المجهول ما يحتمل التعليق بالشرط . وإذا وقع التعليق بالمخالفة لعدم التفاض فلنذكر شيئا من فروعه ، فالوكيل إذا خالف إلى خبر لو كان خلافه كلا خلاف نفذ عقده ، وليس منه ما إذا أمره بالنكاح الفاسد فزوجها صحبا ، بل لا يجوز لعدم الوكالة بالنكاح أصلا لأن النكاح الفاسد ليس نكاحا لأنه لا يفيد حكمه وهو الملك . وأما العدة بعد الدخول فيه وثبوت النسب فليس حكما له بل للفعل إذا لم يتمحض زنا ، بخلاف البيع الفاسد فإنه بيع يفيد حكمه من الملك فكان الخلاف فيه إلى البيع الصحيح خلافا إلى غير فيلزم ، وليس منه ما إذا وكله بالنكاح بألف فلم ترض المرأة حتى زادها الوكيل ثوبا من مال نفسه فإنه لا ينفذ ، والنكاح موقوف على إجازة الزوج لأنه خلاف إلى ضرر لأن الثوب لو استحق وجبت قيمته على الزوج لا الوكيل لأنه متبرع ، ولا ضمان على متبرع حتى لو لم يعلم الزوج بذلك إلا بعد الدخول فهو بالخيار ، ولا يكون الدخول بها رضا بما صنع الوكيل لأنه لم يعلم فإن فارقها بعد الدخول فلها الأكل من المسمى ومهر المثل لأنه كالنكاح الفاسد والدخول فيه يوجب ذلك ، بخلاف ما لو أمره بعمياء فزوجه بصيرة جاز ، ولو أمره ببيضاء فزوجه سوداء أو على القلب أو من قبيلة فزوجته من أخرى أو بأمة فزوجته حرة لا يجوز ، ولو تزوجه مديرة أو مكاتبة أو أم ولد جاز (قوله ومن أمره أمير أن يزوجه امرأة فزوجته أمة لغيره جاز عند أبي حنيفة رجوعا إلى إطلاق اللفظ وعدم التهمة ، وقالوا : لا يجوز إلا أن يزوجه كفاً)

فزوجها وأخرى معها في عقد واحد جاز نكاح فلانة للأمر به وتوقف نكاح الأخرى على الإجازة لأنه فضولى فيها . وقوله (ومن أمره أمير) قبله بالأمير وحكم غيره كذلك . قال الإمام المحبوبي : وعلى هذا الخلاف إذا لم يكن أميرا فزوج الوكيل أمة أو حرة عياد أو مقطوعة اليدين أو ثقاء أو مفلوجة أو مجنونة ، إما انشاقا ، وإما لما قيل قيده

المشتري بالخيار بأحد أهما شاء حل ما بقى في أول البيع إن شاء الله تعالى له . ويجوز أن يقال : جواز ما ذكرتم إنما ثبت حل خلاف التماس بالامتناع لكونه في معنى ماورد به الشرع وهو متلف هنا (قال المصنف : فتعين التفريق) أقول : يعني بينه وبين كل منهما . قال ابن الهيثم : وهذا غير مطابق للدعوى لأنها عدم لزوم واحدة منهما لا لزوم التفريق ولا يساويها ، إذ لا أن يميز نكاحها أو نكاح إحداها ، ولا هو لازم بما ذكره ، بل اللازم عدم إمكان تنفيذهما وتنفيذ إحداها مبهمة ومعينة فائتي اللزوم مطلقا وهو المطلوب له . ويمكن أن يقال : مراد المصنف فتعين التفريق إذا لم يحرز تزويجهما ، ورده بقرينة سياق كلامه فليتمل (قوله وإما لما قيل الخ) أقول : وإما لما جواز النكاح حين

وهو التزوج بالأكفاء . قلنا العرف مشترك أو هو عرف على فلا يصلح مقيدا . وذكر في الوكالة أن اعتبار الكفاءة في هذا استحسان عندهما لأن كل أحد لا يعجز عن التزوج بمطلق الزوج فكانت الاستعانة في التزوج بالكفاءة ، والله أعلم .

والتقييد بالأمر مطلقا وإن كان أمير المؤمنين يعلم ذلك فيمن دونه بطريق أولى . فحاصل المسئلة إذا أمره غيره بتزويجه فزوجه امرأة لا تكافئه ولا تهمة ، ولو زوجه أمة لغيره أو عمية أو مقطوعة اليدين أو رتقاء أو مفلوجة أو مجنونة جاز عنده خلافا لهما . ولو زوجه صغيرة لا يجمع مثلها جاز اتفاقا ، وقيل هو قوله خلافا لهما . ولو زوج وكيل المرأة غير كفاء ، قيل هو على الخلاف ، وقيل الصحيح أنه لا يجوز اتفاقا . والفرق لأبي حنيفة رحمه الله أن المرأة تغير بغير الكفاءة فتتخذ إطلاقا به ، بخلاف الرجل فإنه لا يغيره أحد بعدم كفاءتها له لأنه مستفرض وإطلاق لا يفيظه دعاء الفرائش ، أما لو كانت أمة للوكيل فلا يجوز للهمة ، ولهذا لو وكل امرأة فزوجته نفسها أو وكلت رجلا فزوجها من نفسه لا يجوز . وكلنا إذا زوج وكيل الرجل بنته ولده أو بنت أخيه وهو وليها لا يجوز للهمة . ولهما أن المطلق يتقيد بالعرف وهو التزوج بالأكفاء (قلنا العرف مشترك) أي الواقع من أهل العرف وتزويجهم بالمكائنات وغير المكائنات فليس يختصا بتزويج المكائنات لينصرف الإطلاق إليه (أو هو عرف على فلا يصلح مقيدا) للفظ إذ اللفظ المقيد عبارة عن لفظ ضم إليه لفظ بقيقه ، ولا يخفى ما في هذا الوجه . وقولهم في الأصول الحقيقة ترك بدلالة العادة ينفيه ، إذ ليست العادة إلا عرفا عمليا ، فالأولى الأصول . قال الأسيدي جاني : قولهما أحسن للفرق واختاره الفقيه أبو الليث ، وقد يكون في سكوت الشيخ عقيب قوله (وذكر في الوكالة أن اعتبار الكفاءة في هذا استحسان عندهما لأن كل أحد لا يعجز عن التزوج بمطلق الزوجة فكانت الاستعانة في التزوج بالمكافة) .

بذلك لتظهر الكفاءة فإنها من جانب النساء للرجال مستحسنة في الوكالة عندهما ، وتفيد بقوله أمة لغيره لأنه لو زوجه أمة نفسه لا يجوز بالاتفاق لمكان التهمة ، وأشار إليه في الدليل بقوله وعدم التهمة . وأما إطلاق اللفظ فإن لفظ امرأة مطلق يقع على الحرة والأمة ، كما إذا جلف لا يتزوج امرأة يقع على الحرة والأمة جميعا . وقوله (وهو التزوج بالأكفاء) قال الكشاني : دلت المسئلة على أن الكفاءة تعتبر في النساء للرجال أيضا عندهما ، وكذا ذكره في الأصل (قلنا العرف مشترك) يعني كما هو مستعمل فيها قلتم مستعمل فيها قلنا ، فإن الأشراف كما يتزوجون الحرائر يتزوجون الإمام للتسهيل (أو هو عرف على) أي عرف من حيث العمل والاستعمال لامن حيث اللفظ . وبيانه أن العرف على نوعين : لفظي نحو الدابة تقيد لفظا بالفرس ونحو المال بين العرب بالإبل . وعلى أي عرف من حيث العمل : أي من حيث أن عمل الناس كذا كلبسهم بالجنيد يوم العيد وأمثاله (فلا يصلح مقيدا) لإطلاق اللفظ لأن إطلاق اللفظ تصرف لفظي والتقييد يقابله ، ومن شرط التقابل اتحاد المثل الذي يردان عليه . وقوله (وذكر) يعني محمدا (في وكالة الأصل) إشارة إلى ما ذكرنا من استحسان الكفاءة عندهما في الوكالة لما ذكره في الكتاب وهو واضح .

دونه بطريق أولى (قوله قال الكشاني دلت المسئلة الخ) أقول : إن أراد دلت على اعتبارها في الوكالة عندهما فسلم بالنظر إلى دليلها ، وإن أراد مطلقا فنسوخ (قال المصنف : قلنا العرف مشترك أو هو عرف على فلا يصلح مقيدا) أقول : فيه بحث (قوله فلا يصلح مقيدا لإطلاق اللفظ ، إلى قوله : والتقييد يقابله ، ومن شرط التقابل اتحاد المثل الخ) أقول : فيه بحث ، فإن التقيد أيضا هو اللفظ فليت أن الباعث للتقييد شيء غيره ، ولا يفتى بذلك اتحاد المثل كما لا يخفى من يتأمل ، ثم كيف يصح أن يقال : إن العرف العمل لا يصلح مقيدا ، وقد اتفقوا على أن المتجاوبين إذا أطلقا اتفقوا ينصرف إلى غالب نفع تلك بدلالة العرف على ما سيجيء .

إشارة إلى اختياره قولها لأن الاستحسان مقدم على غيره إلا في المسائل المعلومه . والحق أن قول أبي حنيفة ليس قياسا لأنه أخذ بنفس اللفظ المنصوص فكان النظر في أي الاستحسانين أولى . وفي وجه الاستحسان المذكور دفع لقول من قال من المشايخ إن هذه المسئلة دلت على أن الكفاءة معتبرة عندهما في النساء الرجال ؛ إذا ظهر أن قولها ليس بناء عليه بل على أن الظاهر أن الاستمانة لا تقصد إلا لتحصيل المناسب لهما صديق عليه مطلق الاسم ؛ لأن كل أحد يقدر على ذلك . . هذا والوكيل بزواج امرأة بعينها يملكه بالغين اليسير إجماعا ، والفاحش عنده خلافا لهما . والفرق له بينه وبين الشراء حيث لا يجوز شراء الوكيل بالغين الفاحش اتفاقا أن البهنة في حق الوكيل بالزكاح متفية بسبب عدم استغنائه عن إضافة العقد إلى موكله فيجوز منه بالغين الكثير ، بخلاف الشراء فإنه يستغنى فيه عنه فتمكنت تهمة أنه اشترى لنفسه فوجده خاسرا فبطل موكله . ومعنى لا يجوز هنا لا يتلفد الزكاح إلا أن يجيزه ، وكذا إن سمي للوكيل ألفا مثلا فروجه بأكثر ، فإن دخل بها ولم يكن يعلم قبله ثم علم فهو على خياره لأن هذا الدخول ليس رضا لأنه على اعتبار أن الوكيل لم يخالف إذ لم يعلم بخلافه ، بخلاف ما لو علم فدخل بها ، فإن فارقها فلها الأكل من المسمى ومهر المثل ، فإن كان الوكيل أو الرسول ضمن المهر وأخبرهم أنه أمره بذلك ثم رد الزوج النكاح للزيادة في المهر لزم الوكيل أو الرسول نصف المهر ، وليس له أن يلزمه النكاح ويغرم هو الزيادة لأنه لما لم يحتل صار فضوليا ، ولو كانت هي الموكلة ومعت ألفا مثلا فروجها الوكيل ثم قال الزوج ولو بعد الدخول تزوجتك بدينار وصدقه الوكيل إن أقر الزوج أن المرأة لم توكله بدينار فهي بالخيار ، إن شاعت أجازت النكاح بدينار وإن شاعت رده ، ولها مهر مثلها بالغا ما بلغ ، ولا نفقة عدة لها لأنها لما ردت تبين أن الدخول حصل في نكاح موقوف فيوجب مهر المثل دون نفقة العدة ، وإن كذبها الزوج فالقول قولها مع يمينها ، فإن ردت فبأي الجواب بحاله . قال المصنف رحمه الله في التجنيس : يجب أن يحتاط في مثل هذا الأمر لأنه ربما يقع مثل هذا وقد حصل لها منه أولاد ثم تنكر المرأة قدر ما زوجها به الوكيل ويكون القول قولها فردد النكاح ، وكذا هذا في سائر الأولياء إذا كانت المرأة بالغة ، وهذا ما ذكر في الرسول من مسائل أصل المبسوط قال : إذا أرسل إلى المرأة رسولا حرا أو عبدا صغيرا أو كبيرا فهو سواء إذا بلغ الرسالة فقال إن فلانا يسألك أن تزوجه نفسك فأشهدت أنها زوجته نفسها وسمع الشهود كلامها وكلام الرسول فإن ذلك جائز إذا أقر الزوج بالرسالة أو قامت عليه بينة ، فإن لم يكن أحدهما فلا نكاح بينهما لأن الرسالة لما لم تثبت كان الآخر فضوليا ولم يرض الزوج بصنعه ، ولا يخفى أن مثل هذا بعينه في الوكيل . ثم ذكر في الرسول فروعا كلها تجري في الوكيل لا بأس بذكرها لفراغها . قال : فإن كان الرسول زوجها وضمن لها المهر وقال قد أمرني بذلك فالنكاح لازم للزوج إن أقر بذلك أو بينة ، والضمان لازم للرسول إن كان من أهل الضمان ، فإن جحد ولا بينة بالأمر فلا نكاح وللمرأة على الرسول نصف المهر لأنه مقر بأنه أمره بذلك وأن النكاح جائز وأن الضمان قد لزمه ، وإقراره على نفسه صحيح قال : وذكر في كتاب الوكالة قال محمد رحمه الله : على الوكيل المهر كله لأن جحد الزوج ليس بفرقة ، وهذا يبين لك أن لا فرق في هذه الأحكام بين الرسول والوكيل ، ثم قال في المبسوط : فقيل إن ما ذكر هنا قول أبي حنيفة وأبي يوسف الأول ، وهناك قول محمد وأبي يوسف الآخر بناء على أن قضاء القاضي يتفد ظاهرا وباطنا عنده ، فتفد بالفرقة قبل الدخول

(باب المهر)

(ويصح النكاح وإن لم يسم فيه مهرا) لأن النكاح عقد انضمام وازدواج لغة فيتم بالزوجين ، ثم المهر واجب شرعا لإبانة لشرف المثل فلا يحتاج إلى ذكره لصحة النكاح ،

وسقط نصف المهر ، وعلى قول محمد رحمه الله : لا ينفذ باطنا فيبقى جميع المهر على الزوج فيجب على الكفيل لإقراره به . وقيل بل فيه روايتان : وجه تلك الرواية أن الزوج منكر لأصل النكاح ، وإنكاره للنكاح ليس طلاقا فلا يسقط به شيء بزعم الكفيل ووجه . ههنا أنه أنكر وجوبه عليه وهو يملك إسقاط نصفه عن نفسه بسبب يكسبه فيجمل مسقطا فها يمكنه . قال : فإن كان الرسول قال لم يأمرني ولكني أزوج وأضمن عنه المهر ففعل ثم أجاز الزوج ذلك جاز ولزم الزوج الضمان لأن الإجازة كالإذن في الابتداء ، وإن لم يجر لم يكن على الرسول شيء لأن أصل السبب قد انقضى برده ، وبرائة الأصل توجب برائة الكفيل ، والله أعلم .

(باب المهر)

المهر حكم الله فتمتع به في الوجود فعقبه إياه في البيان ليحاذى بتحقيقه الوجودى تحقيقه التعليمى (قوله ويصح النكاح وإن لم يسم فيه مهرا) لا خلاف في ذلك (لأن النكاح عقد انضمام) يعنى ليس مأخوذا في مفهومه المال جزما فيتم بدونه ، إلا أن قوله عقد لا يستلزمه إلا إذا لم يثبت في مفهومه زيادة شروط وهو منتف إذ قد ثبت زيادة عدم المحرمية ونحوه فلا بد من زيادة شرعا على الدعوى ، ويرد حينئذ أن المهر أيضا واجب شرعا فيه فأجاب بأنه وجب شرعا حكما له حيث أفاده بقوله (فلا يحتاج إلى ذكره) إذا لم يسم لإبانة لشرف المثل . أما أنه وجب شرعا فللقوله تعالى - وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبشروا بأموالكم - فقيد الإحلال به ، وأما اعتباره حكما لقوله تعالى - لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة - فإن رفع الجناح عن الطلاق قبل الفرض فرع صحة النكاح قبله فكان واجبا ليس متقدما وهو الحكم ، وأما أنه إبانة لشرفه فاعقلية ذلك إذ لم يشرع

(باب المهر)

لما ذكر ركن النكاح وشروطه شرع في بيان المهر لأنه حكمه ، فإن مهر المثل يجب بالعقد فكان حكما له ، والمهر هو المال يجب في عقد النكاح على الزوج في مقابلة منافع البضع ، إما بالتسمية أو بالعقد . وله أسام : المهر ، والصداق ، والنحلة ، والأجر ، والفريضة ، والمهر . لا خلاف لأحد في صحة النكاح بلا تسمية المهر ، قال الله عز وجل - فأنكحوا - والنكاح لغة لا ينافي إلا عن الانضمام والازدواج فيتم بالتناكحين ، فلو شرطنا التسمية فيه زنا على النص . فإن قيل : المهر واجب شرعا فكيف يصح النكاح مع السكوت عنه ؟ أجاب بقوله (ثم المهر واجب شرعا) يعنى أن وجوبه ليس لصحة النكاح ، وإنما هو لإبانة لشرف المثل (فلا يحتاج إلى ذكره لصحة النكاح) فإن قيل : هذا دعوى فلا بد لها من دليل . قلت : دل عليه قوله تعالى - لا جناح عليكم إن طلقتم

(باب المهر)

(قوله فإن ظهر المثل يجب بالعقد الخ) أقول : لأدعى لم خص مهر المثل بالذكر ، والحال أن وجوب المهر مطلقا متى كان أو مهر المثل من أحكام النكاح فكان الأول هو الإجراء على العموم (قوله فإن قيل هذا دعوى فلا بد لها من دليل) أقول : أتيم الدليل عليها بأنه يلزم الزيادة على النص ، إلا أن يكون المراد من دليل أقوى منه وفيه مسانحة

وكذا إذا تزوجها بشرط أن لا مهر لها لما بينا ، وفيه خلاف مالك (وأقل المهر عشرة دراهم) وقال الشافعي : ما يجوز أن يكون ثمنًا في البيع لأنه حقها فيكون التقدير إليها . ولنا قوله صلى الله عليه وسلم « ولا مهر أقل من عشرة »

بدلاً كالثمن والأجرة وإلا لوجب تقديم تسميته فعلنا أن البذل النفقة وهذا لإظهار خطره فلا يستأن به ، وإذا قد تأكد شرعاً بإظهار شرفه مرة باشتراط الشهادة ومرة بإلزام المهر فتحصل أن المهر حكم القدر فلا يشترط لصحة العقد التنصيص على حكمه ، كالمالك لا يشترط لصحة البيع ذكره ثم ثبت هو كملكك فيثبت مهر المثل عند علم تسمية مهر لها (قوله وكذا إذا تزوجها بشرط أن لا مهر لها) أي فيصح النكاح (وفيه خلاف مالك) وجه قوله أن النكاح عقد معاوضة كالبيع والمهر كالثمن والبيع بشرط أن لا ثمن لا يوضح . فكذا النكاح بشرط أن لا مهر ، وكان مقتضى هذا أن يفسد بترك التسمية أيضاً . إلا أننا تركناه بالنص السابق ثم نبهنا ابن مسعود في المفوضة وسند كره . قلنا : حديث ابن مسعود على أن المهر اعتبر حكماً شرعاً ، وإلا لما تم بدون التنصيص عليه إذ لا وجود للشيء بلا ركنه وشرطه . فحيث كان واجباً ولم يتوقف عليه الوجود كان حكماً . وإذا ثبت كونه حكماً كان شرط عدمه شرطاً فاسداً ، وبه لا يفسد النكاح ، بخلاف البيع لأن الثمن ركنه فلا يتم دون ركنه . وبهذا ظهر أن ركن البيع بعت بكذا لا مجرد قوله بعت . هذا ويصح الرهن بمهر المثل لأنه كالتمسك في كونه ديناً . فإن ملك وبه وفاء كانت مستوفية . فإن طلقها قبل الدخول لزمها أن ترد ما زاد على قدر المنة ، وأو كان الرهن قائماً وقت الطلاق قبل الدخول فليس لها أن تحبس بالمنة في قول أبي يوسف الآخر ، وفي قوله الأول وهو الاستحسان وهو قول محمد لما حبس بها لأنها خلفه ، والرهن بالشيء يحبس بخلفه كالرهن بالعين المصنوعة تكون مجبوسة بالقيمة . وجه الآخر أنها دين آخر لأنها ثياب وهي غير الدرام ، والدليل عليه أن الكفيل بمهر المثل لا يكون كفلاً بالمنة . ويتفرع على القولين ما إذا ملك بعد طلب الزوج الرهن بعد الطلاق فنتحه حتى هلك هل تضمن تمام قيمته ؟ في قوله الأول لا ضمان عليها لأنها حبسته بحق ، وفي الآخر تضمن تمامها لأنها غاصبه ، ولو ملك قبل منعها لا ضمان عليها ، ولكنها في قوله الأول تصير مستوفية للمنة ، وفي قوله الآخر لها أن تطالب بها (قوله وأقل المهر عشرة دراهم) وهذا عندنا وعند مالك ربع دينار ، وعند النخعي أربعون درهماً . وقال الشافعي وأحمد : ما يجوز ثمنًا لأنه حقها إذ جعل بدل بضعتها ولنا تتصرف فيه إبراء واستيفاء (فيكون التقدير إليها) وبدل على علم تعيين

النساء ما لم تمسهن أو تفرضا لهن فريضة - حكم بصحة الطلاق مع عدم التسمية ، ولا يكون الطلاق إلا في النكاح الصحيح ، فعلم أن ترك ذكره لا يمنع صحة النكاح (وكذا إذا تزوجها بشرط أن لا مهر لها لما بينا) أن النكاح عقد انضمام قيم بالزوجين . وقوله (وفيه) أي فيما إذا تزوجها بشرط أن لا مهر لها (خلاف مالك) يعني أنه لا يجوز ، قال : لأنه عقد معاوضة ملك منعة بملك مهر فيفسد بشرط نفي عوضه كالبيع بشرط أن لا ثمن ويحتاج إلى الفرق بين ترك التسمية وشرط أن لا يكون مهر ، والقياس على البيع يقتضي شمول عدمه ، وفرق بينهما بحديث ابن مسعود في المنة كما سيبيء . قلنا : دلالة حديث ابن مسعود على جواز أن ينفي المهر كدلالة على جواز ترك ذكره لأن ما يكون عوضاً يشترط ذكره في العقد لا يختلف الحال بين ترك ذكره ونفيه كالبيع (وأقل المهر عشرة دراهم . وقال الشافعي : ما يجوز أن يكون ثمنًا في البيع لأنه حقها) شرعه الله تعالى لها صيانة لبضعها عن الابتلاك بماذا (فيكون التقدير إليها : ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « لا مهر أقل من عشرة ») إنما ذكره بالواو لكونه معطوفاً على ما قبله في الحديث وهو

العشرة حديث عبد الرحمن بن عرف حيث قال فيه : كم سقت إليها ؟ قال : وزن نواة من ذهب ، فقال : بارك الله لك ، أولم ولو بشاة رواه الجماعة . والنواة خمسة دراهم عند الأكثر ، وقيل ثلاث وثلاث ، وقيل النواة فيه نواة التمر . وعن جابر رضى الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : من أعطى في صداق امرأة مائة كفيه سويقاً أو تمرافقد استحل . رواه أبو داود ، ولأن قوله تعالى - أن تتبغوا بأموالكم محصنين - يوجب وجود المال مطلقاً ، فالتعنين الخاص زيادة عليه بخبر الواحد وأنتم تمنعونه . ولنا قوله صلى الله عليه وسلم من حديث جابر رضى الله عنه : ألا لا يزوج النساء إلا الأولياء ، ولا يزوجن إلا من الأكفاء ، ولا مهر أقل من عشرة دراهم . رواه الدارقطني والبيهقي ، وتقدم الكلام عليه في الكفاة فوجب الجمع فيحمل كل ما أفاد ظاهره كونه أقل من عشرة دراهم على أنه الميسر . وذلك لأن العادة عندهم كانت تعجيل بعض المهر قبل الدخول حتى ذهب بعض العلماء إلا أنه لا يدخل بها حتى يقدم شيئاً لها . نقل عن ابن عباس وابن عمر والزهرى وقائدة تمسكاً بمنعه صلى الله عليه وسلم علياً فيما رواه ابن عباس : أن علياً لما تزوج بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم أراد أن يدخل بها ، فنهى صلى الله عليه وسلم حتى يعطيها شيئاً ، فقال : يا رسول الله ليس لى شيء . فقال : أعطها درعك ، فأعطاهما درعه ثم دخل بها . لفظ أبي داود ، ورواه النسائي . ومعلوم أن الصداق كان أربعمائة درهم وهى فضة ، لكن المختار الجواز قبله لما روت عائشة قالت : أمرنى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أدخل امرأة على زوجها قبل أن يعطيها شيئاً . رواه أبو داود ، فيحمل المنع المذكور على التنب : أى نذب تقديم شيء لإدخال المرأة عليها

ما روى جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : وألا لا يزوج النساء إلا الأولياء ، ولا يزوجن إلا من الأكفاء ولا مهر أقل من عشرة دراهم . وفى حديث ابن عمر رضى الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا قطع فى أقل من عشرة دراهم ، ولا مهر أقل من عشرة دراهم . وفيه بحث من أوجه : الأول أنه خبر واحد فلا يجوز تعييد إطلاق قوله تعالى - أن تتبغوا بأموالكم - به لأنه نسخ . الثانى أنه معارض بما روى أن عبد الرحمن بن عوف جاء إلى النبي صلى الله عليه وسلم وبه أثر صفة فأنبهر أنه تزوج ، فقال عليه الصلاة والسلام : كم سقت إليها فقال : زنة نواة من ذهب ، فقال عليه الصلاة والسلام : أولم ولو بشاة . رواه الجماعة . والنواة خمسة دراهم عند الأكثر ، وقيل ثلاثة دراهم وثلاث ، وبما روى : أن امرأة قامت وقالت : وهيت نفسى منك يا رسول الله ، فقال عليه الصلاة والسلام : لا حاجة لنا اليوم بالنساء ، فقال رجل : لى حاجة ، زوجنيها يا رسول الله ، فقال عليه الصلاة والسلام : هل عندك شيء تصدقها ؟ فقال : ما عندى إلا إزارى ، فقال عليه الصلاة والسلام : لا فاقبس شيئاً ولو خاتماً من حديد ، فاقبس فلم يجد شيئاً ، فقال عليه الصلاة والسلام : هل معك شيء من القرآن ؟ قال : نعم سورة كذا وكذا ، قال عليه الصلاة والسلام : زوجتكها بما معك من القرآن . الثالث أن هذا الحديث متروك العمل فى حق الأولياء فيكون فى حق المهر كذلك لأنه إن كان صحيحاً وجب العمل به على الإطلاق وإن لم يكن صحيحاً يجب ترك العمل به كذلك . وأما العمل ببعض دون بعض فتحكم محض . والجواب عن الأول أن التعييد ثبت بإشارة قوله تعالى - قد علمنا ما فرضنا عليهم فى أزواجهم - لأن القرض بمعنى التقدير ، وكان المراد بأموالكم

(قوله لأن الفرغن بمعنى التقدير) أقول : فيه بحث .

ولأنه حق الشرع وجوبا إظهارا لشرف المخل

تألفا لقبها ، وإذا كان ذلك معهودا وجب حل ما يخالف ما روينا عليه جمعا بين الأحاديث ، وكلما يحمل أمره صلى الله عليه وسلم بالتعاس خاتم من حديد على أنه تقديم شيء تألفا ، ولما عجز قال ثم فعلها عشرين آية وهي امرأتك . رواه أبو داود ، وهو يحمل رواية الصحيح « زوجتكما بما ملك من القرآن » فإنه لا ينافيه وبه يجمع الروايات . قيل لا تعارض لاحتياج إلى الجمع ، فإن حديث جابر فيه مبشر بن عبيد والحجاج بن أرطاة وهما ضيقان عند المحدثين ، قلنا : له شاهد يعضده وهو ما عن علي رضي الله عنه قال : « لا تقطع اليد في أقل من عشرة دراهم ، ولا يكون المهر أقل من عشرة دراهم » . رواه الدارقطني والبيهقي . وقال محمد : بلغنا ذلك عن علي وعبد الله ابن عمر وعامر وإبراهيم ، ورواه بإسناده إلى جابر في شرح الطحاوي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وهذا من المقدرات ، فلا يدرك إلا صاعا لكن فيه رواه الأودى عن الشعبي عن علي ، وداود هذا ضعفه ابن حبان . والحق أن وجود ما ينفي بحسب الظاهر تقدير المهر بعشرة في السنة كثير منها حديث « التمس ولو خائفا من حديد » وحديث جابر « من أعطى في صداق امرأة ملء كتفيه سويفا » الحديث ، وحديث الترمذي وابن ماجه « أنه صلى الله عليه وسلم أجاز نكاح امرأة على نعلين » مصححه الترمذي ، وحديث الدارقطني والطبراني عنه صلى الله عليه وسلم « أدوا العلاتق ، قيل وما العلاتق ؟ قال : ما تراضي عليه الأهلون ولو قضيبا من أراك » وحديث الدارقطني عن الخلدري عنه صلى الله عليه وسلم قال « لا يضر أحدكم بقليل ماله تزوج أم بكثيره بعد أن يشهد » إلا أنها كلها مضعفة ما سوى حديث « التمس » فحديث « من أعطى » فيه إصاحق بن جبريل قال في الميزان : لا يعرف وضعفه الأودى ١ ومسلم بن رومان مجهول أيضا . وحديث النعلين وإن مصححه الترمذي فليس بصحيح لأنه فيه عاصم ابن عبيد الله ، قال ابن الجوزي : قال ابن معين : ضعيف لا يحتج به ، وقال ابن حبان : فاحش الخطأ فترك ، وحديث العلاتق معلول بمحمد بن عبد الرحمن بن اليلماني قال ابن القطان : قال البخاري : منكر الحديث . ورواه أبو داود في المراسيل وفيه محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى فيه ضعف . وحديث الخلدري فيه أبو هارون العملي قال ابن الجوزي : قال حماد بن زيد : كان كذابا . وقال السغدلي مثله مع احتمال كون نيلك النعلين تساويا

في قوله تعالى - أن تبتغوا بأموالكم - مالا مقدرا ، وبين في الحديث مقداره وهذا لأن كل مال أوجه الشرع تولى بيان مقداره كالزكوات والكفارات وغيرها فكل ذلك المهر . وعن الثاني بأن الأحاديث تدل على ما يجعل بالسوق إليها ، أما في حديث عبد الرحمن فلا أنه مصرح به ، وأما في الحديث الآخر فلا أنه أمر ذلك الرجل بالتعاس ، وذلك غير مقدر عندنا وليس كلامنا فيه ، وإنما كلامنا في الذي يثبت في اللمة . وعن الثالث بما ذكرنا أن عائشة عملت بخلافه . ولولم تعرف نسخته ما فعلت ذلك فقام دليل النسخ في الأولياء دون غيرها ، ولا يلزم من ترك العمل باللي قام عليه دليل النسخ تركه بما لم يتم ولا التحكم . وقوله (ولأنه حق الشرع) أي المهر حق الشرع .

(قوله ومن الثالث إلى قوله : ولولم تعرف نسخته ما فعلت ذلك الخ) أقول : في اللازمة كلام ، فإنه كثيرا ما يقع العمل من الصناية ، بخلاف الحديث ، إما لعدم وصول الحديث إليه ، وإما لضعفه ، ولما لا وجود معارض أقوى منه ، أو لم يكن فعمل بالتقليد لكنه بالحقيقة كلام على البيت الأخرس .

(١) الأودى بالروا قبل الهمة في نسخة ، وفي أخرى : الأذى بالزاي بدل الواو ، فحروكه نصحه .

فيقتلر بما له خطر وهو العشرة استدلالا بنصاب السرقة (ولو سمى أقل من عشرة قلها العشرة) عندنا . وقال زفر :
لها مهر المثل لأن تسمية

عشرة دراهم ، وكون الملاقى يراد بها النفقة والكسوة ونحوها إلا أنه أعم من ذلك ، واحتمال « التمس بخاتمها في المعجل وإن قيل إنه خلاف الظاهر لكن يجب المصير إليه لأنه قال فيه بعده « زوجتكم بما معك من القرآن » فإن حمل على تعليمه لإياها مامعه أو نفي المهر بالكلية عارض كتاب الله تعالى وهو قوله تعالى بعد عقد المهرمات - وأحل لكم ماوراء ذلكم أن تبغوا بأموالكم محصنين - فقيد الإحلال بالابتناء بالمال ، فوجب كون الخبر غير مخالف له وإلا لم يقبل المالم يبلغ رتبة التواتر وهي قطعية في دلالتها لأنه نسخ للقطعي فيستدعي أن يكون قطعيًا ، فأما إذا كان خبر واحد فلا ، فكيف واحتمال كونه غير تمام المهر ثابت بناء على ما عهد من أن لزوم تقديم شيء أو نديه كان واقعا فوجب الحمل على ذلك ، لكن يبقى كون الحمل على ذلك إعمالا لخبر واحد لم يصح عند المحدثين فيستلزم الزيادة على النص به لأنه يقتضي تقييد الإحلال بمطلق المال ، فالقول بأنه لا يحمل إلا بمال مقدر زيادة عليه بخبر الواحد وأنه لا يجوز . فإن قيل : قد اقرن النص نفسه بما يفيد تقديره معين وهو قوله تعالى عقيبه - قد علمنا ما فرضنا عليهم في أزواجهم وما ملكت أيمانهم - ثم ذلك المعين مجمل فيلحق بيانا بخبر الواحد . قلنا : إنما أفاد النص معلومة المفروض له سبحانه والاتفاق على أنه في الأزواج والملوك ما يمكن كلا من النفقة والكسوة والسكنى فهو مراد من الآية قطعا . وكون المهر أيضا مرادا بالسياق لأنه عقيب قوله - خالصة لك - يعني نفي المهر ، خالصة لك وفيرك - قد علمنا ما فرضنا عليهم - من ذلك فمخالف حكمك لا يستلزم تقديره معين . وتقرير المصنف في تقدير المهر قياس حاصله أن المهر حق الشرع بالآية . وسببه إظهار الخطر للبضع على ما تقدم ، ومطلق المال لا يستلزم الخطر كحبة حنطة وكسرة ، وقد عهد في الشرع تقدير ما يستباح به العضو بما له خطر وذلك عشرة دراهم في حد السرقة فيقدر به في استباحة البضع ، وهنا من رد المختلف فيه إلى المختلف فيه ، فإن حكم الأصل ممنوع فإنهم لا يقبلون نصاب السرقة بعشرة ، وأيضًا المقتدر في الأصل عشرة مسكوكة أو مايساويها ، ولا يشترط في المهر ذلك ، فلو سمى عشرة تبر تساوى تسعة مسكوكة جاز ، اللهم إلا أن يجعل استدلالا على أنه مقدر خلافا للشافعي في نفيه (قوله ولو سمى أقل من عشرة قلها العشرة عندنا . وقال زفر : لها مهر المثل بقياسا على عدم التسمية هكذا تسمية الأكل تسمية لا يصلح مهرا ، وتسمية ما لا يصلح مهرا كعلمها ، فتسمية الأكل كعدم التسمية ، وعدم التسمية فيه مهر المثل ، فتسمية الأكل فيه مهر المثل . وقولنا استحسان ، وله وجهان : أحدهما أن العشرة في كونها صدقا لا تنجز أشرعا ، وتسمية بعض ما لا يتجزأ ككله ، فهو كما لو تزوج نصفها أو طلق نصف تطليقة حيث يتعقد ويقع طلاق ، فكنا تسمية بعض العشرة . والثاني وهو المذكور في الكتاب حاصله أن في المهر حقين :

من حيث وجوبه مما يقوله تعالى - قد علمنا ما فرضنا عليهم في أزواجهم - على ما عرف في الأصول ، وكان ذلك لإظهار شرف المثل (فيقتلر بما له خطر وهو العشرة استدلالا بنصاب السرقة) لأنه يتلف به عضو محرم فلا ينقلب به منافع بضع كان أولى (ولو سمى أقل من عشرة قلها العشرة عندنا . وقال زفر : لها مهر المثل لأن تسمية

(قوله لأنه يتلف به عضو محرم ، فلا ينقلب به منافع بضع كان أولى) أقول : أنت غير بأن هذا التعليل على تقديره لا يكون إلزاما إلا على النسخة القائل بأن أقل المهر أربعون درهما ، وليس الكلام معه بل مع الشافعي .

مالا يصلح مهرًا كإندامه. ولنا أن فساد هذه التسمية لحق الشرع وقد صار مقضيا بالمشرة ، فأما ما يرجع إلى حقها فقد رضيت بالمشرة لرضاها بما دونها ، ولا معتبر بعدم التسمية لأنها قد ترضى بالتعليك من غير عوض تكريمًا ، ولا ترضى فيه بالعوض اليسير . ولو طلقها قبل الدخول بها تجب خمسة عند علمائنا الثلاثة ورحمهم الله ، وعنده تجب المنة كما إذا لم يسم شيئا (ومن سمى مهرًا عشرة فما زاد

حقها وهو ما زاد على العشرة إلى مهر مثلها ، وحق الشرع وهو العشرة ، والإنسان التصرف في حق نفسه بالإسقاط دون حق غيره . فإذا رضيت بما دون العشرة فقد أسقطت من الحقتين فيعمل فيها لها الإسقاط منه وهو ما زاد على العشرة دون ما ليس لها وهو حق الشرع فيجب تكميل العشرة قضاء لحقه ، فإيجاب الزائد بلا موجب . فلان قيل : القياس المذكور موجب له ولم يطل بعد لأنه معارضة . قلنا : إبطاله أن التشبيه المذكور إما في الحكم ابتداء بأن يدعى اندراج تسمية ما لا يصلح في علمها ، فثبت الحكم فيه أعني وجوب مهر المثل حينئذ بالنص والإجماع دون القياس وحينئذ يمنع الاندراج ، وإما في الجامع وهو القياس ليثبت حكم الجامع في عمل ثبوته فلا بد من تعيينه ليعلم ثبوته في الفرع إذ قياس الشبه الطردى باطل ، ولا يعلم ما هو إلا أن يعينه عدم القدرة على تسليم شيء إذ لا قدرة على تسليم العلم بوجه وحينئذ تمنع كلية الكبرى لأن علم القدرة ينص ما ليس بمال كالمجهول فأحشا ، وإن عينه فوات الخطأ الذي وجب لأجله المهر على ما قررتم . قلنا : فيجب ما يتحقق به ولم يعين مهر المثل لتحققه بالمشرة. فالزائد بلا موجب ، وأما إفساد المصنف بقوله ولا معتبر بعدم التسمية النع يعني لا تسلم أن كل ما يصلح مهرًا يكون حكمه التسمية في إيجاب مهر المثل لأن علمها قصاراه أن يكون لرضاها بغير مهر فإنه قد يكون لطلبها مهر المثل لعرفه أنه حكمه ورضاها بلا مهر لا يستلزم رضاها بالمشرة فما دونها لأنها قد ترضى بعلمه تكريمًا على الزوج ولا ترضى بالعوض اليسير رضا بعيد عن المبني . ولو قيل عدم التسمية ظاهر في القصد إلى ثبوت حكمه من وجوب مهر المثل وليس الثابت في المتنازع فيه ظهور ذلك ولا لزكوا التسمية وأما لأن زيادة التسمية تكلف أمر مستغنى عنه في المقصود وهو قصد مهر المثل مع أنه يختلف في كون حكم تسمية ما دون العشرة وجوب مهر المثل ، بل الظاهر أنها رضيت بالمشرة لما صرحنا بالرضا بما دونها فلا يثبت حكم الأصل فيه لكان أقرب مع أنه لم يسم المبني . ثم فرغ على الخلاف فقال (ولو طلقها قبل الدخول) أي في صورة تسمية ما دون العشرة (فلها خمسة عند علمائنا الثلاثة) لأن موجب هذه التسمية عشرة (وعنده المنة) وفي المبسوط : وكذا لو تزوجها على ثوب يساوي

مالا يصلح مهرًا كإندامه) كما في تسمية الخمر والخنزير وهو القياس . ووجه الاستحسان (أن فساد هذه التسمية لحق الشرع وقد صار مقضيا بالمشرة) إما باعتبار أن المشرة في كونها صلتًا لا تنجزاً ، وذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كرهه ، كما لو أضاف النكاح إلى نصفها صح في جميعها ، وأما حقها وهو ما زاد على العشرة فقد رضيت بسقوطه لأن الرضا بما دون العشرة رضا بالمشرة . وإما باعتبار أنها رضا بما دون العشرة أسقطت حقها وحق الشرع على ما قررناه ، فما كان حقها فقد سقط لولايتها على نفسها ، وما كان حق الشرع فلم يسقط لعدم الولاية عليه . وقوله (ولا معتبر بإندام التسمية) جواب عن قوله كإندامه : يعني ليس هذا القياس صحيحاً (لأنها قد ترضى بالتعليك من غير عوض تكريمًا ولا ترضى فيه بالعوض اليسير) فلا يكون عدم التسمية دليلًا على الرضا بالمشرة . فلذلك لم تجب العشرة ، وإنما يجب مهر المثل بخلاف الرضا بما دون العشرة فإنه رضا بها لأصلها (ولو طلقها قبل الدخول بها وجب خمسة عندهم) ووجبت المنة عندهم كما إذا لم يسم شيئا . وقوله (ومن سمى مهرًا عشرة)

فعليه المسمى إن دخل بها أومات عنها) لأنه بالدخول يتحقق تسليم المبدل وبه يتأكد البذل ، وبالموت ينشئ النكاح نهائيه ، والشئ بانتهائه يتقرر ويتأكد فيتقرر بجميع مواجبه (وإن طلقها قبل الدخول بها والخلوة فلها نصف المسمى) لقوله تعالى - وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن - الآية ،

خمس فلها الثوب وخمس خلافا له . ولو طلقها قبل الدخول فلها نصف الثوب ودرهمان ونصف وعنده المتعة ، وتعتبر قيمة الثوب يوم الزوج عليه ، وكذا لو سمي مكيلاً أو موزوناً لأن تقدير المهر واعتباره عند العقد . وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه في الثوب تعتبر قيمته يوم القبض ، وفي المكيل والموزون يوم العقد ، لأن المكيل والموزون يثبت في الزمة ثبوتاً صحيحاً بنفس العقد ، والثوب لا يثبت ثبوتاً صحيحاً بل يردد بينه وبين القيمة فلما تعتبر قيمته وقت القبض اه . وعلم بما ذكر أن المراد ثوب بغير عينه أما لو كان بعينه فلها تملكه بنفس العقد كما ستعلم (قوله فلها المسمى إن دخل بها الخ) هذا إذا لم تكسد الدراهم المعية ، فإن كان تزوجها على الدراهم التي هي نقد البلد فكسدت وصار النقد غيرها فلما على الزوج قيمتها يوم كسدت على المختار ، بخلاف البيع حيث يبطل بكساد الثمن قبل القبض على ما ستعرف (قوله وبه يتأكد البذل) أي يتأكد لزومه فإنه كان قبل لازماً ، لكن كان على شرف السقوط بارتدادها وتغييرها ابن الزوج بشهوة (قوله والشئ بانتهائه يتقرر) لأن انتهاء عبارة عن وجوده بتمامه فيستحب مواجبه الممكن إلزامها من المهر والإرث والنسب بخلاف النفقة ، ويعلم من هذا البذل أن موتها أيضاً كذلك . فلا تقصر على موته اتفاقاً ، ولا بخلاف للأربعة في هذه سواء كانت حرة أو أمة . (قوله وإن طلقها قبل الدخول والخلوة) أي بعد مسمى (فلها نصف المهر) ثم إن كانت قبضت المهر فحكم هذا التنصيف يثبت عند زفر بنصف الطلاق ويعود النصف الآخر إلى ملك الزوج . وعندنا لا يبطل ملك المرأة في النصف إلا بقضاء أو رضا لأن الطلاق قبل الدخول أوجب فساد سبب ملكها في النصف ، وفساد السبب في الابتداء لا يمنع ثبوت ملكها بالقبض فأولى أن لا يمنع بقاءه فيتفرع على الخلاف مالو أعتق الزوج الجارية : أي الممهوره بعد الطلاق قبل الدخول وهي مقبوضة للمرأة نفذ عتقه في نصفها عنده ، وعندنا لا ينفذ في شيء منها . ولو قضى القاضي بعد عتقها بنصفها له لا ينفذ ذلك العتق لأنه عتق سبق ملكه كالمقبوض بشراء فاسد إذا عتقه البائع ثم رد عليه لا ينفذ ذلك العتق الذي كان قبل الرد ، ولو أعتقتها المرأة قبل الطلاق نفذ في الكل ، وكذا إن باعت

أعلم أن المهر بعد وجوبه بالتسمية أو بنفس العقد يتقرر بأحد الأمرين بالدخول وما قام مقامه من الخلوة الصحيحة وبالموت ، أما الدخول فلأنه يتحقق به تسليم المبدل وهو البضع (وبه) أي بتسليم المبدل (يتأكد تسليم البذل) وهو المهر كما في تسليم المبيع في باب البيع يتأكد به وجوب تسليم الثمن ، فإن وجوب الثمن قبل ذلك لم يكن متأكداً لكونه على عرضية أن يملك المبيع في يد البائع ويتنفس العقد ويتسلمه يتأكد وجوب الثمن على المشتري ، وكذلك وجوب المهر كان على عرضية أن يسقط بتغيير ابن الزوج أو الارتداد والعياذ بالله وبالدخول تأكد . وأما الموت فلأن النكاح ينشئ به نهائيه حيث لم يبق قابلاً للزوم (والشئ بانتهائه يتقرر ويتأكد فيجب أن يتقرر بجميع مواجبه) الممكن تقريرها لوجود المقضى وانقضاء المانع كالإرث والعقد والمهر والنسب . وقلنا مواجبه الممكن تقريرها احترازاً عن النفقة وحل الزوج بعد انقضاء العدة فإن النفقة لا تجب بعد الموت ويحل لها الزوج بعد انقضائها ولم يحل وقت النكاح ، وأما الذي يقوم مقام الدخول فهو الخلوة الصحيحة ، ويعلم حكمه من قوله (وإن طلقها قبل الدخول والخلوة فلها نصف المسمى لقوله تعالى - وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم)

والأقيسة متعارضة ، ففيه تقويت الزوج الملك على نفسه باختياره وفيه عود المعقود عليه إليه سالما فكان المرجع

أو هبت لبقاء ملكها في الكل قبل القضاء والراضى عندنا . وإذا نفذ تصرفها فقد تعذر عليها رد النصف بعد وجوبه فتضمن نصف قيمتها للزوج يوم قبضت . ولو وطئت الجارية بشبهة فحكم المعرق حكم الزيادة المنفصلة المتولدة من الأصل كالأرض لأنه بدل جزء من عينها فإن المستوى بالوطء في حكم العين دون المنفعة وسند ذكر حكم الزيادة المذكورة . وإزالة البكارة بلا دخول كمن تزوج بغير فلفهها فزالت بكارتها ليس كالدخول بها فلا يوجب إلا نصف المهر عند أبي حنيفة ، وعند محمد يجب كماله ، واختافت الرواية عن أبي يوسف فقيل هو مع محمد ، وقيل مع أبي حنيفة (قوله والأقيسة متعارضة) جواب عن سؤال مقدر وهو أن الآية وهي قوله تعالى - فنصف ما فرضتم - عام في المفروض أعطى حكم التنصيف ، وقد خص منه ما إذا كان المفروض نحو الخمر وما إذا سمي بعد العقد الخلق عن التسمية فإنه لا يتنصف بالطلاق قبل الدخول فجاز أن يعارضه القياس إن وجد وقد وجد . وهو أن طلاقه قبل الدخول تقويت الملك على نفسه باختياره فكان كإعتاق المشتري العبد المبيع أو إتلاف المبيع . ومقتضاه وجوب تمام المسمى . أو يقال هو رجوع المبدل إليها سالما فكان إذا تقايلا قبل القبض في البيع يسقط كل الثمن ، فقال : الأقيسة متعارضة فإن مقتضى الأول وجوب المسمى بتمامه كما ذكرنا ، ومقتضى الثاني لا يجب لها شيء أصلا فتساقطا في نصف على ما كان عليه فكان المرجع إليه ، وعلى هذا يسقط ما أورد من أن مقتضى العبارة أن المصير إلى النص بعد تعارض القياسين لكن الحكم على عكسه لأن ذلك في نص لا يعارضه القياس . ومن أن القياسين إذا تعارضا لا يتركان بل يعمل المجتهد بشهادة قلبه في أحدهما لأن ذلك فيما إذا لم يكن عموم نص

وهو نص صريح في الباب فيجب العمل به . وقوله (والأقيسة متعارضة) جواب عما يقال : ينبغي أن يسقط كل البديل ، لأن بالطلاق قبل الدخول يعود المعقود عليه سالما إليها فيجب أن يسقط كل البديل كما إذا تباعا ثم تقايلا . ووجهه أن الأقيسة متعارضة قياس يقتضي ذلك كما ذكرت ، وقياس آخر يقتضي وجوب كل المهر لأنه قوت مامله باختياره وذلك يقتضي وجوب كل المهر كالمشتري إذا أتلّف المبيع قبل القبض ، وإذا تعارض القياسان وجب المصير إلى النص . وفيه بحث من أوجه : الأول أن القياس الواحد لا وجود له على مخالفة النص فضلا عن الأقيسة الثاني أن التعارض إذا ثبت بين المجتدين كان المصير إلى ما بهما إلى ما قبلهما . والثالث أن القياسين لا يتعارضان ، ولو ثبت التعارض صورة لم يتركأ . بل يعمل المجتهد بأيهما شاء . وأجيب عن الأول بأن ذكر معارضة القياسين ههنا ليس لإثبات الحكم بهما أو بأحدهما بل لبيان أن العمل بهما غير ممكن لتعارضهما أو لخالفتهما كل منهما النص ، فصار كأنه قال : فوجب العمل علينا بظاهر النص من غير رجوع إلى

(قال المصنف : والأقيسة متعارضة) أقول : مراده القياسان ، وهو جواب سؤال مقدر كأنه قيل : من الأحكام الشرعية ما ثبت بالأدلة الأولية ، ومنها يثبت منها ، ومنها يثبت ، فهل يجوز أن يثبت هذا الحكم بالقياس أيضا كما يثبت بالنص ؟ فأجاب بأن الأقيسة متعارضة مع مخالفتها للنص أيضا ، فلا يمكن العمل بها ، فكان المرجع للنص فقط فليأتمل هذا الملاح (قوله لأنه قوت مامله الخ) أقول : إن أراد أنه قوته عن نفسه فسلم ، ولكن لا يستقيم القياس بإتلاف المبيع ، فإن الواقع هنا ليس إتلاف المبيع بل تسليمه إلى صاحبه سالما ، وإن أراد أنه أتلّفه فقد حرقت حاله ، والأظهر جعل القياس عليه إحتياط المبيع فليأتمل (قوله وفيه بحث من أوجه : الأول أن القياس الواحد لا وجود له على مخالفة النص فضلا عن الأقيسة) أقول : أي لا وجود له شرعا بحيث يقترب عليه الآثار بأن يعمل به . ومورد السؤال ما فهم من كلام المصنف من أنه لو تعارض القياسين لعمل بأحدهما ، وأنت غير أن قوله فضلا عن الأقيسة عمل ببحث (قوله وأجيب عن الأول الخ) أقول : المجيب صاحب النهاية (قوله غير ممكن لتعارضهما) أقول : صورة (قوله أو مخالفة كل منهما النص الخ) أقول : هذا لا يدل عليه

فيه النص . وشرط أن يكون قبل الخلوة لأنها كاللدخول عندنا على مانيته إن شاء الله تعالى . قال (وإن تزوجها ولم يسم لها مهرا

يرجع إليه ، لكن تقرير السؤال على الوجه المذكور لا يتوجه لأن تمام الآية هو انتصاف المسمى بالطلاق قبل الدخول ، قال الله تعالى - وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم - فتوجه السؤال بأن النص قد خص ، وقياس الطلاق قبل الدخول على إتلاف المبيع ونحو ذلك يوجب أن لا يجب شيء باطل لأنه حيثل نسخ تمام موجب النص لاختصاص إذا لم يبق تحت النص على ذلك التقرير شيء ، وليس ينسخ العام المخصوص بالقياس بل يخص به فلا يتوجه ليعارض بآثار بمنعه من الإخراج ، وتقريه لا على أنه جواب سؤال يرد عليه ما ذكرنا أنه يسقط على ذلك التقرير فلم يكن حاجة في الاستدلال سوى التعرض للنص إلا أن يكون قصد ذكر الواقع في نفس الأمر (قوله وشرط) يعني القلوي في لزوم نصف المسمى بالطلاق قبل الدخول (أن يكون قبل الخلوة لأنها كاللدخول عندنا) في تأكد تمام المهر بها (قوله وإن تزوجها ولم يسم لها مهرا الخ) الحاصل أن وجوب مهر المثل حكم كل نكاح لا مهر فيه عندنا سواء سكنت عن المهر أو شرط نفية أو مسمى في التقيد ونشترط ردها مثله من جنسه ، وصورة هذا تزوجها على ألف على أن ترد إليه ألفا صحيح ولها مهر مثلها بمنزلة عدم التسمية لأن الألف بمقابلة مثلها في النكاح بلا تسمية ، بخلاف مالو تزوجها على ألف على أن ترد عليه مائة دينار جاز ، وتنقسم الألف على مائة دينار ومهر مثلها ، فما أصاب الدنانير يكون صرفا مشروطا فيه بالتقاضي ، وما يخص مهر المثل يكون مهرا ، فإن طلقها قبل الدخول ردت نصف ذلك على الزوج إن كانت قبضت الألف لأن المقابلة هنا بخلاف الجنس وعند اختلاف الجنس تكون المقابلة باعتبار القيمة ، ولو تفردا قبل التقاضي بطل حصص الدنانير من الدراهم . وفي هذه الوجوه إن كانت حصص مهر المثل من الألف أقل من عشرة يكمل لها عشرة . ومن صور وجوبه أن يتزوجها على حكمها أو حكمه أو حكم آخر لأنه في الجملة فوق جهالة مهر المثل ، إلا أن في الإضافة إلى نفسه إن حكم لها بقدر مهر المثل أو أكثر صحيح ، أو دونه فلا إلا إن ترضى ، وإلها إن حكمت بمهر مثلها أو أقل جاز أو أكثر فلا إلا أن يرضى ، وإلى الأجنبية إن حكم لها بمهر المثل جاز لا بالأقل إلا أن ترضى ، ولا بالأكثر إلا أن يرضى . وكذا إذا تزوجها على ما في بطن جاريته أو أغنامها لا يصح ، بخلاف خلعتها على ما في بطن جاريته ونحوه يصح ، لأن ما في البطن بعرضية أن يصير مالا بالانفصال وإن لم يكن مالا في الحال والعوض

القياس والمعقول ، فلأن لو خلتنا ومجرد القياس وعملنا به على وجه الفرض والتقدير وإن لم يكن وقت العمل بالقياس من غير نظر إلى النص لزم ترك أحد القياسين فتركناهما جميعا وعملنا بالنص ، وهذا يخرج الجواب عن السؤالين الآخرين ، فإنه لما لم تكن المعارضة على حقيقتها بل هو قول على سبيل الفرض والتقدير لا يرد ما يرد في التعارض ، هذا أحسن ما وجدته في الاعتناء في هذا البحث وهو كما ترى . وقوله (وشرط أن يكون قبل الخلوة) قد ظهر معناه مما تقدم قال (وإن تزوجها ولم يسم لها مهرا) للمفوضة والتي شرط في نكاحها أن لا مهر لها مهر المثل إذا

كلام المصنف (قوله هذا أحسن ما وجدته في الاعتناء الخ) أقول : وأحسن من هذا ما ذكره العلامة الزيلعي في شرح الكاظم : لو ثبت تخصيص النص بالنس والخلوة فراجع (قوله للمفوضة الخ) أقول : قال الإقناني : المفوضة التي فوضت نفسها بلا مهر

أو تزوجها على أن لا مهر لها فله مهر مثلها إن دخل بها أو مات عنها (وقال الشافعي : لا يجب شيء في الموت ، وأكثرهم على أنه يجب في الدخول . له أن المهر خالص حقها فتتمكن من نفقه ابتداء كما تتمكن من إسقاطه انتهاء ولنا أن المهر وجوباً حتى الشرع على ما مر ، وإنما يصير حقها في حالة البقاء فتملك الإبراء دون النفي (ولو طلقها قبل الدخول بها فلها المنة) لقوله تعالى - ومتعوهن على الموسع قدره - الآية .

في الملح يحتمل الإضافة كالخلع ، بخلاف النكاح لا يحتملها فلا يحتملها بدله ، ومثله ما يفرجه نخله وما يكسبه غلامه (قوله أو مات عنها) وكذا إذا ماتت هي فإنه يجب أيضاً مهر المثل لورثتها (قوله وقال الشافعي) يعني في قول عنه (لا يجب في الموت شيء) للمفوضة وهو قول مالك في صورة نفي المهر وقوله الآخر كقولنا (قوله وأكثرهم) أي أكثر أصحابه (قوله له أن المهر خالص حقها فتتمكن من نفقه ابتداء كما تتمكن من إسقاطه انتهاء) أي بعد التسمية ، ولا يخفى أن هذا الاستدلال يقتضي نفي وجوبه مطلقاً قبل الدخول وبعده وهو خلاف ما نقله عن الأكثر ، ولأن عمر وابنه وعلياً وزيدا رضوان الله عليهم قالوا في المفوضة نفسها : حسبنا الميراث . ولنا أن سائلاً سأل عبد الله بن مسعود عنها في صورة موت الرجل فقال : بعد شهر أقول فيه بنفسى ، فإن يك صواباً فمن الله ورسوله ، وإن يك خطأ فمن نفسى ، وفي رواية : فمن ابن أم عبد ، وفي رواية : فني ومن الشيطان ، والله ورسوله عنه بريتان . أرى لها مهر مثل نساءها لا وكس ولا شطط ، فقام رجل يقال له معقل بن سنان وأبو الجراح حامل رواية الأحمسين فقالا : نشهد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في امرأة منا يقال لها بروع بنت واشق الأشجعية بمثل قضائك هذا ، فسر ابن مسعود سروراً لم يسر مثله قط بعد إسلامه . وبزوع بكسر الباء الموحدة في المشهور ويروي بفتحها هكذا رواه أصحابنا . وروي الزملي والنسائي وأبو داود هذا الحديث بلفظ أنصر ، وهو أن ابن مسعود قال في رجل تزوج امرأة فمات عنها ولم يدخل بها لم يفرض لها الصداق : لها الصداق كاملاً وعليها العدة ولها الميراث . فقال معقل بن سنان : وصحت رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في بروع بنت واشق بمثله . هنا لفظ أبي داود ، وله روايات أخر بألفاظ أخر . قال البيهقي : جميع روايات هذا الحديث وأسانيدها صحاح . والذي روى من رد على رضى الله عنه له فلم يذهب تفرد به وهو تحليف الراوى إلا أبا بكر الصديق ، ولم ير هذا الرجل ليحلفه لكنه لم يصح عنه ذلك ، ومن أنكر ثبوتها عنه الحافظ المنذرى (قوله ولنا أن المهر وجب حقاً للشرع) أي وجوبه ابتداء حتى الشرع لما قلنا آتفاً ، وإنما يصير حقها في حالة البقاء : أي بعد وجوبه على الزوج ابتداء بالشرع يثبت لها شرعاً حتى أخذه فتتمكن حينئذ من الإبراء لمصادفته حقها دون

دخول بها أو مات عنها ، وكذا إذا ماتت (وقال الشافعي : لا يجب شيء في الموت ، وأكثر أصحابه على أنه يجب في الدخول . له أن المهر خالص حقها فتتمكن من نفقه ابتداء كما تتمكن من إسقاطه انتهاء . ولنا أن المهر وجوباً حتى الشرع كما مر . وإنما يصير حقها حالة البقاء فتملك الإبراء دون النفي) لأن الأصل أن يلاقى التصرف ماعلمك دون مالا تملكه (ولو طلقها قبل الدخول بها فلها المنة لقوله تعالى - ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره -) ووجه الاستدلال أن الله تعالى قال - لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضا لهن فريضة ومتعوهن -

(قال الميشت أن المهر خالص حقها الخ) أقول : قال ابن الماس : لا يخفى أن هذا الاستدلال يقتضي نفي وجوبه مطلقاً قبل الدخول وبعده وهو خلاف ما نقله عن الأكثر له فيه تأمل (قوله إن الله تعالى قال - لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن -) أقول : قال القرطبي

ثم هذه المتعة واجبة رجوعاً إلى الأمر ، وفيه خلاف مالك (والمتعة ثلاثة أثواب من كسوة مثلها) وهي درع وخمار وملحفة . وهذا التقدير مروى عن عائشة وابن عباس رضي الله عنهما . وقوله من كسوة مثلها

نفيه ابتداء عن أن يجب (قوله ثم هذه المتعة) أي متعة المطلقة قبل الدخول التي لم يفرض لها مهر في العقد (واجبة) عندنا وعند الشافعي وأحد وخصها احترازاً عن غيرها من النساء فإن المتعة لغيرها مستحبة إلا لمن سئذ ذكر . وقوله (رجوعاً إلى الأمر) هو قوله تعالى - ومتعوه - عقيب قوله - لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة - أي ولم تفرضوا لهن فريضة فانصرف إلى المطلقات قبل الفرض والميسر ، بخلاف المدخول بها لأن المتعة مستحبة لما فرض لها أولاً (قوله وفيه خلاف مالك) فلهذه استحباب المتعة في هذه الصورة وغيرها من الصور إلا المطلقة قبل الدخول بعد الفرض إلا أن نجى الفرقة من جيهتها في جميع الصور . ووجه قوله تطبيقه بالمحسن : أعني الأمر المذكور لقوله سبحانه عقيب - حقاً على المحسنين - وهم المتطوعون ، فيكون ذلك قرينة صرف الأمر المذكور إلى التذنب . والجواب منع قصر المحسن على المتطوع بل هو أعم منه ومن القائم بالواجبات أيضاً فلا ينافي الوجوب فلا يكون صارفاً للأمر عن الوجوب مع ما انضم إليه من لفظ حقاً وعلى (قوله والمتعة ثلاثة أثواب من كسوة مثلها وهي درع وخمار وملحفة) قدر بها لأنها اللبس الوسط لأنها تصل وتخرج غالباً فيها . وفي المبسوط : أدنى المتعة درع وخمار وملحفة (وهذا التقدير مروى عن عائشة وابن عباس) ومن بعدهم سعيد

والفريضة هي المهر : أي لا جناح عليكم في الطلاق في الوقت الذي لم يحصل المساس ، وفرض الفريضة وأمر بالمتعة مطلقاً وهو على الوجوب وقال - حقاً - وذلك يقتضيه أيضاً وذكر بكلمة على (وهذه المتعة واجبة) عندنا (رجوعاً إلى الأمر) وغيره (وفيه خلاف مالك) فإنها عنده مستحبة في جميع الصور لأن الله تعالى مباحها إحساناً بقوله تعالى - حقاً على المحسنين - وأجيب بأن ذلك مصروف إلى التي لها مهر أو نصف مهر لثلاث عارض الأمر ، وفيه نظر لأن متاعاً مصدر مؤكّد لقوله تعالى محتوا - والمراد به هذه المتعة الواجبة فكيف ينصرف إلى المستحب ، والأولى أن يقال : الأمر وكلمة على في - على الموسع قدره وعلى المقتر قدره - و - متاعاً - و - حقاً وكلمة - على - في قوله - على المحسنين - كلها تقتضي الوجوب وتأكيده : فلما أن تبطل ذلك كله لأجل لفظ الإحسان أو تؤوله لا أراك تعدل عن التأويل فتوكل بأن ممتناه على المحسنين الذين يقيمون الواجب ويزيدون على ذلك إحساناً منهم ، والله أعلم (والمتعة ثلاثة أثواب من كسوة مثلها وهي درع وملحفة وخمار) فإن كانت من السفلة فمن الكرباس ، وإن كانت وسطاً فمن القز ، وإن كانت مرتفعة الحال فمن الإبريسم (وهذا التقدير) أي تقدير العدد (مروى عن عائشة وابن عباس) وذلك لأن المرأة تصل في ثلاثة أثواب وتخرج فيها عادة فتكون متعهاً كلتلك .

في تفسيره : إن لفظنا موسوعة في قوله تعالى - ما لم تمسوهن - (قوله وهو على الوجوب) أقول : قوله هو راجع إلى الأمر : يعني أن أمره على الوجوب (قوله لأن الله تعالى مباحها إحساناً) أقول : والإحسان هو التطوع (قوله وفيه نظر لأن متاعاً مصدر مؤكّد) أقول : فيه أن العجب أن يقول المصروف إلى التي لها مهر أو نصفه هو قوله تعالى - حقاً على المحسنين - فقوله تعالى - حقاً - مصدر مؤكّد : أي حق حقاً ، فالراد من نصيب حق يجمع من سمى لها مهر أو نصفه هو قوله تعالى - حقاً على المحسنين - فقوله تعالى - حقاً - مصدر مؤكّد : أي حق منهم) أقول : فيه بحث ، فإنه يرم أن لا يجب على غير من يفعل ذلك وليس كذلك . والأصح أن يقال : المراد الذين يمسكون لأنفسهم بالمسارعة إلى الاحتال أو إلى المطلقات بالتمتع ، وسلم محسنين المشاركة ترغيباً وتمجيداً كذا في تفسير القاسمي ، وقد ذكر العلماء غير ذلك أيضاً (قال المصنف : والمتعة ثلاثة أثواب ، إلى قوله : مروى عن عائشة وابن عباس رضي الله عنهما) أقول : تنقيح إطلاق الآية لا يكون

إشارة إلى أنه يعتبر حالها وهو قول الكرخي في المتعة الواجبة لقيامها مقام مهر المثل . والصحيح أنه يعتبر حاله عملا بالنص وهو قوله تعالى - على الموسع قدره وعلى المقتر قدره - ثم هي لاتراد على نصف مهر مثلها ولا تنقص

ابن المسيب والحنن وعطاء والشعبي ، وحيث قدروها به مع فهم اللغة يعرف منه أن لفظ متعة لا يقال في إعطاء الدرهم بل فيها سواها من الأثاث والأمتعة ، وهو المتبادر إلى الفهم أيضا فلا تقدر بالدرهم وإن لم يمتنع أن يقع على الدرهم أيضا لأن الشأن في المتبادر من اللفظ ، وعن الشافعي تقديرها بثلاثين ، ولا باجتهاد الحاكم وإنما يجتهد ليصرف حال من يعتبر بحاله من الزوجين أو حالهما لأن الأبواب معتبرة بحالهما على ما هو الأشبه بالفقه لأن في اعتبار حاله تسوية بين الشريفة والخصيسة وهو منكر بين الناس . وقيل يعتبر حالها وهو الذي يشير إليه قول القسودي من كسوة مثلها : وهو قول الكرخي لقيام هذه المتعة مقام مهر المثل قلنا إنما تجب عند سقوطه وفيه يعتبر حالها فكذا في خلقه ، وهكذا في النفقة والكسوة ، فإن كانت من السفلى فن الكرباس ، وإن كانت وسطا فن القز ، وإن كانت مرتفعة الحال فن الإبريسم . وإطلاق النخيرة كونها وسطا لابغاية الجودة ولا بغاية الرداءة لا يوافق رأيا من الثلاثة الاعتبار بحاله أو حالها أو حالهما . وقيل يعتبر حاله وهو اختيار المصنف ، وصححه عملا بالنص وهو قوله تعالى - على الموسع قدره وعلى المقتر قدره - وقد يقال : إن هذا يناقض قولهم إن المتعة لاتراد على نصف مهر المثل لأنها خلفه ، فإن كانا سواء فالواجب المتعة لأنها الفريضة بالكتاب العزيز ، وإن كان نصف مهر المثل أقل من المتعة فالواجب الأقل إلا أن ينقص عن خمسة فيكفل لها الخمسة ، وهذا كله نص الأصل والميسر وهو صريح في اعتبار حالها ، وهذا لأن مهر المثل هو العوض الأصلي لكنه تعدل تنصيفه لجهالة فيصار إلى المتعة خلفا عنه فلا يجوز الزيادة على نصف المهر ولا ينقص عن الخمسة لأن أقل المهر عشرة . ومنع الشافعي اعتبار المتعة بمهر المثل لأنه سقط بالطلاق قبل الدخول فلا معنى لاعتباره بعد ذلك . أجيب بأن النكاح الذي فيه التسمية بالمال أقوى من نكاح التسمية فيه . وفي الأقوى لا يجب بالطلاق قبل الدخول أكثر من نصف ما كان واجبا قبله ، فكذا في النكاح الذي لا تسمية فيه ، وكان الواجب قبل الدخول مهر المثل فلا يزداد بالطلاق قبل الدخول على نصفه ، ثم لا تجب المتعة إلا إذا كانت الفرقة من جهته كالفرقة بالطلاق والإيلاء والممان والحب والعنة وردته وإيائه وتقبيله أمها أو ابنته بشهوة ، وإن جاءت الفرقة من جهتها فلا تجب كرتها وإيائها الإسلام وتقبيلها ابنته بشهوة والرضاع وخيار البلوغ والعتيق وعدم الكفاءة . وكما لا تجب المتعة بسبب عجز الفرقة من قبلها

وقوله (لقيامها مقام مهر المثل) قال في النهاية : كان من حقه أن يقول لقيامها مقام نصف مهر المثل لأن المهر التام لم يجب في صورة من الصور إذا طلقت قبل الدخول ولكن مراده إلحاق المتعة بنفس مهر المثل في اعتبار حالها من غير نظر إلى تمام مهر المثل أو نصفه ، وفي مهر المثل المعتبر حالها فكذا فيما قام مقامه . وقوله (والصحيح أنه يعتبر حاله) هو اختيار أبي بكر الرازي (عملا بالنص ، وهو قوله تعالى - على الموسع قدره -) أي على الفقه بقدر حاله (وعلى المقتر) أي على الفقير المثل بقدر حاله . ثم المتعة إما أن تكون زائدة على نصف مهر المثل أو لا ، فإن كانت زائدة قلنا نصف مهر المثل لأن مهر المثل هو العوض الأصلي ، ولكن تعدل تنصيفه لجهالة فيصار إلى

إلا بالخبر المشهور لأقل قليل (قوله قال في النهاية ، إلى قوله : فكذا فيما قام مقامه) أقول : إلى هنا كلام النهاية (قوله) ولكن تعدل تنصيفه لجهالة قلنا ، فيه بحث ، فإنه إذا تعدل تنصيفه لجهالة كيف يعلم أنه زائد على نصف مهر المثل أو مساو له ، فإن ذلك فرع لجهالة قلنا) أقول : فيه بحث ، فإنه إذا تعدل تنصيفه لجهالة كيف يعلم أنه زائد على نصف مهر المثل أو مساو له ، فإن ذلك فرع

عن خمسة دراهم ، ويعرف ذلك في الأصل (وإن تزوجها ولم يسم لها مهرًا ثم تراضيا على تسمية فهي لها إن دخل بها أو مات عنها ، وإن طلقها قبل الدخول بها فلها المنة) وعلى قول أبي يوسف الأول نصف هذا المفروض وهو قول الشافعي لأنه مفروض فيتنصف بالنص . ولنا أن هذا القرض تعيين للواجب بالعقد وهو مهر المثل وذلك لا يمتنع

لا تمتنع لها أيضا بجنابيتها . ومقتضى هذا أن لا تستحب في خيارها فيبقى أن يقال بجنابيتها أو رضاها به واستيجاب المنة لإباحتها بالطلاق ، وكذا لو فسخ بخيار البلوغ أو اشترى هو أو وكيله منكوجة أو بائنة المولى من رجل ثم اشتراها منه الزوج تجب المنة ، وفي كل موضع لا تجب فيه المنة عند علم التسمية لا يجب نصف المسمى عند وجودها ، وفي كل موضع تجب فيه يجب ، والواجب بالعقد هو المسمى أو مهر المثل إن لم يسم ، ثم بالطلاق قبل الدخول يسقط نصفه ، وقيل كالأخر كقولهما (قوله فيتنصف بالنص) يعني قوله تعالى - فنصف ما فرضتم - فإنه يتناول ما فرض في العقد أو بعده بتراضيها أو بفرض القاضي فإن لها أن ترضى إلى القاضي ليفرض لها إذا لم يكن فرض لها في العقد (قوله أن هذا القرض تعيين لمهر المثل) وذلك لأن هذا العقد حين انعقد كان موجبا لمهر المثل لأن ذلك حكم العقد الذي لم يسم فيه مهر ، وثبت المثل لزم لا يتخلف عنه ثبوت اللزوم ، فإذا كان الثابت به لزوم مهر المثل لا يمتنع إجماعا فلا يمتنع ما فرض بعد العقد . والقرض المنتصف في النص : أعني قوله تعالى - فنصف ما فرضتم - يجب حينئذ حمله على المفروض في العقد بالضرورة ، لأننا لما بينا أن المفروض بعد عقد التسمية فيه هو نفس خصوص مهر مثل تلك المرأة وأن الإجماع على عدم انتصافه لزم بالضرورة أن المنتصف بالنص ما فرض في العقد ، على أن

خلفه وهو المنة فلا تزداد على نصف مهر المثل وإن لم تكن ، فلما أن تكون مساوية له أو لا ، فإن كانت مساوية فلها المنة اتباعا للنص ؛ وإن لم تكن ، فلما أن تكون أقل من خمسة دراهم أو لا ، فإن كانت فلها الخمسة لأن المهر هو الأصل . والمنة بخلفه ، ولا مهر أقل من عشرة دراهم فلا منة أقل من خمسة دراهم ، وإن لم تكن فلها المنة بالنص . فإن قيل : نص المنة مطلق عن هذه التفاصيل فبها تقييد له وهو نسخ . فالجواب أن قوله تعالى - قد علمنا ما فرضنا عليهم في أزواجهم - دل على أن المهر مقدّر شرعا ، والإيجاب بالتسمية في مهر من يعتبر في مهره مهر المثل بيان لذلك المقدّر الجمل ، وكذلك قوله عليه الصلاة والسلام - لا مهر أقل من عشرة دراهم - فكان معارضا لآية المنة ، والتفصيل على الوجه المذكور توفيق بينهما ، فتأمل إن كان القواعد الأصولية على ذكر منك (وإن تزوجها ولم يسم لها مهرًا ثم تراضيا على تسمية مهر فهي لها إن دخل بها أو مات عنها) بالاتفاق (وإن طلقها قبل الدخول بها فلها المنة) . وعلى قول أبي يوسف الأول نصف هذا المفروض وهو قول الشافعي لأنه مفروض . والمفروض يتنصف بالطلاق قبل الدخول لقوله تعالى - فنصف ما فرضتم - ولنا أن هذا القرض تعيين للواجب بالعقد وهو مهر المثل) إذ لو لم يكن كذلك لوجب عليه إذا دخل بها مهر المثل والمفروض جميعا ،

معلومة النصف ، ثم كيف يصار إلى خلفه وقد علم وزالت الجهاة قبل المصير إلى الخلف فهذا خلف (قوله فالجواب أن قوله تعالى - قد علمنا ما فرضنا عليهم - إلى قوله فكان معارضا لآية المنة) أقول : فيه بحث ، فإن الإشارة لاتعارض العبارة ، ولو سلم فلم لا يجوز أن يكون إيجاب المنة المقننة بما قد بينا لك المقدّر الجمل في خصوص المفوضة والتي شرط في تكليفها أن لا مهر لها إذا طلقت قبل الدخول والمطلوعة الصحيحة ، ولو سلم فلا دالة في أن تلاها على عموم الأحوال والأزمان ، فيتأكد التوفيق بحمل آية المنة على حال الطلاق قبل الدخول فيما

فكلما مازل منزله ، والمراد بما تلا الفرض في العقد ، إذ هو الفرض المتعارف . قال (وإن زاد لها في المهر بعد العقد لزمت الزيادة) خلافا لفر ، وسند كره في زيادة الثمن والتمن إن شاء الله تعالى (و إذا صحت الزيادة تسقط بالطلاق قبل الدخول) وعلى قول أبي يوسف أولا تنصت مع الأصل

المتعارف هو الفرض في العقد حتى كان المتباخر من قولنا فرض لها الصداق أنه أوجب في العقد فيقيد لذلك نص ما فرضتم به ضرورة أن المخبر عنه بفرضتم هو الفرض الواقع في العقد ، وهذا من المصنف تنقيح بالعرف العمل بعد ما منع منه في الفصل السابق حيث قال : أو هو عرف على ، ولا يصلح مقيدا للفظ ، وقد علمنا أن الحق التنقيح به . وفي الغاية والدراية : لا يتناول غيره : أي غير المفروض في العقد إذ المطلق لا عموم له وليس بشيء ، لأن المطلق هو المتعرض لجرد الذات فيتناول المفروض على أي صفة كانت سواء كان في العقد أو بعده بتراضيهما أو يفرض القاضي عليه لو راضته ليفرض لها . فالصواب ما ذكرنا من أن المفروض بعد العقد نفس مهر المثل ، وأن الفرض لتحسين كميته ليكن دفعه ، وهو لا يتنصف إجماعا فتعين كون المراد به في النص المتعارف دون غيره بما يصلق عليه لغة لما بينا ، ولأن غيره غير متباخر للندرة وجوده .

[فرع] لو عقد بدون التسمية ثم فرض لها دارا بعد العقد فلا شفعة فيها للشفيع لما قلنا إن المفروض بعده تقرير مهر المثل ومهر المثل بدل البضغ فلا شفعة فيه ، ولهذا لو طلقها قبل الدخول بها كان عليها أن ترد النار وترجع على الزوج بالتمعة ، بخلاف ما لو كان منسئ في العقد ثم باعها به النار فإن فيها الشفعة لأنها ملكت النار شراء بالمهر ، وإن طلقها قبل الدخول بها فالدار لها وترد نصف المسمى على الزوج لأنها صارت مستوفية للصداق بالشراء والشراء لا يبطل بالطلاق (قوله لزمت الزيادة خلافا لفر) والشافعي لأنها لو صحت بعد العقد لزم كون الشيء بدل ملكه . قلنا : الزوم منتف على تقدير الالتحاق بأصل العقد ، وينقض بالمعرض عن الهبة بعد عقدهما ، والدليل على الصحة قوله تعالى - ولا جناح عليكم فيما تراضيتن به من بعد الفريضة - فإنه يتناول ما تراضيا على إلحاقه وإسقاطه . ومن فروع الزيادة ما لو راجع المطلقة الرجعية على ألف فإن قبلت لزمته وإلا فلا لأن هذه زيادة وقبولها شرط في الزوم . ويناسب هذه مسألة التواضع لما فيها من تعدد التسمية لو تراضيا في السر على مهر وعقد اق العالنية بأكثر منه إن اتفقا على أن العالنية تزل فالمهر مهر السر ، وإن اختلفا فادعى الزوج المواضعة وأنكرت فالقول لها ، هذا إن اتفقا على أن ألف المثل ، ولو عقدا في السر بألف وأظهر ألفين فكذلك إن اتفقا على المواضعة فالمر ما في السر ، أو اختلفا فالقول للمرأة في دعوى الجحد فيلزم مهر

أما مهر المثل فلأنه الواجب بهذا العقد ابتداء لعلم التسمية ، وأما المفروض فيحكم التسمية وكان كما إذا سمى لها مهرًا ثم زاد لها شيئا فلزمها يلزم مان على تقديرى الدخول والموت لكنه يسقط مهر المثل ويلزمه المفروض وكان تعيينه له ، ومهر المثل لا يتنصف (فكلما مازل منزله ، والمراد بما تلا) يعني قوله تعالى - فنصف ما فرضتم - (الفرض في العقد) لأنه هو المتعارف . وقوله (وإن زادها في المهر بعد العقد لزمت الزيادة خلافا لفر) فإنه يقول :

لم يسم فيه مهر على ما هو صريح الآية ، ومثله على ما علمنا ، وتعليقنا بالتأويل فإن الكلام محال (قوله أما مهر المثل فله الواجب بهذا العقد) أقول : لم يجوز أن يكون تأكيده وجوبه موقوفًا على علم التسمية بعد العقد ؟ فإذا تراضيا على تسمية المهر لا يفي مهر المثل وأجبًا للتأويل ، فإنه يقال أسأله مهر المثل تيمنه ، إلا أن ذلك عند أبي حنيفة رحمه الله ، وعندها الأمثلة للمهر كما سيجي ، بعد ثلاث ورقات

لأن التخصيص عندهما يختص بالمفروض في العقد ، وعنده المفروض بعده كالمفروض فيه

العلائية : إلا أن يكون أشهد عليها أو على وليها الذي زوجها منه أن مهرها السر وأقام البينة بذلك فثبت ما ادعاه . ولو عقدا في السر بألف ثم عقدا في العلائية بألفين وأشهدا أن العلائية مائة فالسر ، وإن لم يشهدا قال الصدر الشهيد : عند أبي حنيفة المهر مهر السر ، وعند محمد مهر العلائية . وذكر القاضي الإمام أبي يوسف مكان محمد ، وجعل محمدا مع أبي حنيفة قال : لو تزوج امرأة بألف ثم جلد النكاح بألfi درهم اختلفوا فيه ؛ ذكر خواهر زاده أن على قول أبي حنيفة ومحمد لا يلزم الألف الثانية ، وعلى قول أبي يوسف تلزمه الألف الثانية ، وذكر في المحيط قول أبي يوسف مع أبي حنيفة . وفي شرح الطحاوي : لو تزوجها على ألف ثم ألقين لا يثبت الثاني خلافا لأبي يوسف ، وعلى علم الثبوت بأنهما قصدا لإثبات الزيادة في ضمن العقد ولم يثبت العقد فكذا الزيادة ؛ فاتفقت هذه الأقوال على أن قول أبي حنيفة علم الثاني ، وعلى عكس هذا حكى الخلاف في الكافي للشيخ حافظ الدين قال : تزوجها على مهر في السر بشهادة شاهدين على ألف ثم تزوجها في العلائية بألفين فمهرها ألفا درهم ، ويكون هذا زيادة في المهر عند أبي حنيفة ومحمد . وعند أبي يوسف المهر هو الأول ؛ وهذا هو ظاهر المنصوص في الأصل ، وعليه مشي فهمس الأئمة أن عند أبي حنيفة : المهر مهر العلائية . قال في المسوط : إذا توافقت في السر بألف وأشهدا أنها مبددان العقد بألفين مائة فالمهر هو الأول لأن العقد الثاني بعد الأول لغو ، وبالإشهاد علمتا أنهما قصدا للغل بما سباه فيه ؛ وإن لم يشهدا على ذلك فالغلى أشار إليه في الكتاب المهر مهر العلائية ، ويكون هذا منه زيادة لما في المهر ، قالوا : هذا عند أبي حنيفة ، فأما عند أبي يوسف ومحمد المهر هو الأول لأن العقد الثاني لغو ، فما ذكر فيه أيضا من الزيادة لغو . وعند أبي حنيفة : العقد الثاني إن كان لغوا فما ذكر فيه من الزيادة يكون معتبرا بمنزلة من قال لعبد وهو أكبر منه سنا هذا ابني لما لغا صريح كلامه عندهما لم يعتق العبد . وعنده وإن لغا صريح كلامه في حكم النسب بين معتبرا في حق المقت احكام فهمس الأئمة . وبآخره يخرج الجواب عن المذكور في شرح الطحاوي من تعليل عدم اعتبار الثاني . قوله أشار في الكتاب إلى أن المهر مهر العلائية هو والله أعلم بإطلاق اعتبار العلائية في الأصل ، فإن عبارته فيه : إذا تزوجها على مهر في السر وجمع في العلائية بأكثر منه يؤخذ بالعلائية فالتمسيع في العلائية يشمل ما إذا أشهدا على أن العلائية هل غير مقصود ، وإذا لم يشهدا على ذلك وما إذا كان التسميع ليس في ضمن عقد بل مجرد إظهاره على ما هو عكس أول صور المواضعة ونهنا عليه أوق ضمنه فما أخرجه البليل مخرج ويبقى الباقي ، ولا اختلاف في اعتبار الأول إذا أشهدا على هزلة الثاني أو اعتراها به مطلقا يبقى مالم يشهدا فيه ولم يعترفا به عما هو في ضمن عقد ثان مراداً قطعاً ، وظاهر هذا أنه لا خلاف فيه بينهم ، ولهذا والله سبحانه أعلم ذكر عصام أن عليه ألقين ولم يذكر خلافاً ، وإن ذكر في المحيط عنه أنه ذكر في كتاب الإقرار أنه لا يثبت الزيادة ، فإذا حكى المشايخ الخلاف يجب كون المذكور قول أبي حنيفة البتة لأنه

الزيادة هبة مبتدأة لا تلحق بأصل العقد إن قصبت ملكك وإلا فلا ، وبعد المصنف أن يذكره في باب زيادة الثمن والتمن فتحن تنبه في ذلك . وقوله (لأن التخصيص عندهما يختص بالمفروض في العقد) يعني بناء على ما ذكره أنه يصرف إلى المتعارف (وعنده المفروض بعده كالمفروض فيه) عملاً بظاهر قوله تعالى - فنصف ما فرضتم -

(قوله وقوله لأن التخصيص عندهما يختص بالمفروض الخ) أقول : فيه ثقل ، فإن المانع من التخصيص ذكر التخصيص فقام بهر البطل فيه موجود هنا ، والمقتضى وهو الاتصال بأصل العقد موجود ، لكنهما يقران المقتضى هو التسمية عند العقد ، وفيه بحث .

على مامر (وإن حطت عنه من مهرها صح الخط) لأن المهر بقاء حقها والخط يلاقيه حالة البقاء (وإذا خلا الرجل بامرأته وليس هناك مانع من الوطء ثم طلقها فلها كمال المهر) وقال الشافعي : لها نصف المهر لأن المعقود عليه إنما يصير مستوفى بالوطء فلا يتأكد المهر دونه .

وضع الأصل لإفادة قوله وكان القاضي الإمام قاضيخان إنما أفق بأنه لا يجب بالعقد الثاني شيء إلا إذا غنى به الزيادة في المهر لما علم أن علة اعتبار العلانية فيها إذا جردا ولم يشهدا كونه زيادة ، لكن الأوجه الإطلاق . فإن ذلك يقتضي أن يسأل الزوجان عن مرادهما قبل الحكم ، وقد ينكر الزوج القصد وينفتح باب الخصومة من غير حاجة إلى ذلك ، لأنه إذا كان الثابت شرعا جواز الزيادة في المهر والكلام الثاني يعطيه صادرا من ميمر عاقل وجب الحكم بمقتضاه ، بل يجب أنه لو ادعى المزل به لا يقبل ما لم يتم بينة على اتفاقهما على ذلك . ثم ويحال أيضا أنه يجب الاتفاق مع الألف السر فتجتمع عليه ثلاثة آلاف ، لأن الأول قد ثبت وجوبه بثبوت لامرأته . والمفروض له كون الثاني زيادة فيجب بكاله مع الأول . ومن ثم ذكر في الدراية عن شرح الإسيحاني : جدد على ألف آخر تثبت التسميتان عند أبي حنيفة ، وعندهما لا تثبت الثانية . وكذا لو راجع المطلقة بألف . وفي التوازل عن الفقيه أبي الليث : إذا جدد يجب كلا المهرين . ووجه من نقل لزوم الثاني فقط اعتبار إرادة الأول في ضمن الكلام الثاني لأن الظاهر كون المقصود تغيير الأول إلى الثاني . والليث يظهر من الجمع بين كلام القاضي والإطلاق المتضاهر عليه كون المراد بكلام الجمهور لزومه إذا لم يشهدا من حيث الحكم ، ومراد القاضي لزومه عند الله في نفس الأمر ، ولا شك أنما يلزم عند الله تعالى إذا قصدا الزيادة ، فأما إذا لم يقصدا حتى كانا هازلين في نفس الأمر فلا يلزم عند الله شيء حتى لا يطالب به في القيامة ، ويلزم ذلك في حكم القاضي لأنه يراعيه بظاهر لفظه إلا أن يشهدا على خلافه . وما قيل من أنه لا يجب المهر الثاني إلا إذا كانت قابلة لأرضى بالمهر الأول أو أبرأته ، ثم قالت : لا أقم معك بدون مهر . فأما إذا لم يكن هذا البساط فلا يجب الثاني قريب من قول القاضي ، وحاصله اعتبار قرينة إرادة الزيادة واختلافهم فيها إذا كان التجديد بعد هبتها المهر الأول أنه هل يكون وجوب الثاني على الخلاف أو أن الاتفاق على عدم وجوبه غير بعيد ، إذ قد يحال كون الزيادة تستدعي قيام المزيد عليه ، وإهله انتفى قيامه فلا يتحقق كون الثاني زيادة وهو المحقق لوجوبه . وقد يقال : إنما يستدعي دخوله في الوجود لابقامه إلى وقت الزيادة فصلح منقضا للخلاف في ثبوته على الخلاف أو عدم ثبوته بالاتفاق . وفي الفتاوى : امرأة وهبت مهرها من زوجها ثم إن زوجها أشهد أن لها عليه كل ما من مهرها تكلموا فيه ، واختار عند الفقيه أبي الليث أن إقراره جائز إذا قبلت . ووجهه في التجنيس بوجوب تصحيح التصرف ما أمكن وقد أمكن بأن يجعل كأنه زادها في المهر ، وإنما شرطنا القبول لأن الزيادة في المهر لا تصح إلا بقبول المرأة له . والخلاف المشار إليه بقوله والاختلاف فرع الخلاف الليثي قبله لأنه في صورة هبتها المهر . والتقدير وهو قبول المرأة صحيح لا يخالف المنقول عن أبي حنيفة ، وذلك لأن المنقول هو ما إذا جردا وحققا ثانيا بأكثهما يفيد اجتمعهما على الأمر الثاني ، وذلك يفيد قبولها الثاني بلا شبهة ، بخلاف هذه الصورة فإن المذكور فيها أن الزوج أقر أو أشهد ونحوه وهو لا يستلزم ذلك (قوله لأن المعقود عليه) وهو منافع البضع إنما يصير مستوفى بالوطء فلا يتأكد المهر دونه لأن التأكيد إنما يكون بتسليم

من غير فصل . وقوله (على مامر) يعني في المسئلة المتقدمة . قال (وإذا خلا الزوج بامرأته) هذا بيان أن الخلوة الصحيحة بمنزلة الدخول في حق لزوم كمال المهر وغيره عندنا ، خلافا للشافعي فإنه يقول : لها نصف المهر (لأن المعقود عليه) وهو منافع البضع إنما يصير مستوفى بالوطء فلا يتأكد المهر دونه لأن التأكيد إنما يكون بتسليم

ولنا أنها سلمت المبدل حيث رفعت الموانع وذلك وسعها فتأكد حقها في البذل اعتبارا بالبيع (وإن كان أحدهما مريضا أو صائما في رمضان أو عرجا يحج فرض أو نفل أو بعمرة أو كانت حائضا فليست الخلوة صحيحة)

يجب كمال المهر قبله (قوله ولنا أنها سلمت المبدل الخ) يتضمن منع توقف وجوب الكمال على الاستيفاء بل على التسليم (قوله اعتبارا بالبيع) والإجارة ، يعنى أن اللوجب للبذل تسليم المبدل للاحقية استيفاء المنفعة كالبيع والإجارة المرجح فيهما التسليم وهو رفع الموانع والتخلى بينه وبين المسلم إليه وإن لم يستوف المشتري والمستأجر منفعة أصلا ، فكلما في المتنازع فيه يكون تسليم البضغ بذلك بل أولى . وأما قوله تعالى - وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن - وقد فرضتم لهن فريضة - فالجواز فيه متعجم ، لأنه إن حل المس على الوطء كما يقول فهومن إطلاق اسم السبب على المسبب . والأوجه أنه من إطلاق اسم المطلق على أخص بخصوصه ، وإن حل على الخلوة كما نقول فن المسبب على السبب إذ المس مسبب عن الخلوة عادة وكل منهما ممكن . ويرجع الثاني بموافقة القياس المذكور والحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم : من كشف خمار امرأة أو نظرها لغيرها وجب الصداق دخل بها أو لم يدخله ، رواه الدارقطني والشيخ أبو بكر الرازي في أحكامه . وقد يقال : يجب أن لا يسترها بخلاف الأكل مجاز للإجازة بم الحقيقة ، والخلوة لا تصدق على الجماع فلا يكون المس مجازا فيها ، وإلا لزم أنه لو طلقها وقد طلتها بمضرة الناس وجب نصيب المهر لأنه طلقها قبل الخلوة ، والقرض أنها المراد بالمس في النص وهو باطل فلا يحمل على الخلوة . ويجب أن ثبوت الكمال في الصورة المذكورة بالإجماع للإجماع على أنه حينئذ تسليم المبدل مع ادعاء الإجماع على وجوب كماله بالخلوة ، كما نقله الشيخ أبو بكر الرازي في أحكامه حيث قال : هو اتفاق الصدر الأول ، وحكى الطحاوى فيه إجماع الصحابة . وقال ابن المنذر : هو قول عمر وعلى وزيد بن ثابت وعبد الله بن عمر وجابر ومعاذ بن جبل رضى الله عنهم أجمعين . ويوافقه قوله تعالى - وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض - أوجب جميع المهر بالإفضاء وهو الخلوة لأنه من الدخول في النضاء قاله الفقهاء . وحينئذ فيكون وجوب نصفه بالطلاق قبل الخلوة الذى هو معنى النص خصوصا أخرج منه الصورة التى أوردناها ، والدليل على وجود المخصص الإجماع المذكور . ومن فروج لزوم المهر بالخلوة لو زنى بامرأة فزوجه وهو على بطنها فعليه مهران : مهر بالزنا لأنه سقط الحد بالزواج قبل تمام الزنا ، والمهر المسمى بالنكاح لأن هذا يزيد على الخلوة (قوله وإن كان أحدهما مريضا) شروع في بيان موانع صحة الخلوة ، وعجاجة شرح الطحاوى فيه جامعة ، قال : الخلوة الصحيحة أن يخلو بها في مكان يأمنان فيه من اطلاع الناس عليها كدار وبيت دون الصحراء والطريق الأعظم والسطح الذى ليس على جوانبه ستر ، وكذا إذا كان السر رقيقا أو قصيرا بحيث لو قام إنسان يطلع عليها يراها ، وأن لا يكون مانع من الوطء حسا ولا طبعيا ولا شرعا به . ومن فصل الموانع ذكر منها الرق والقرن والعفل وأن تكون شرعا أو صغيرة لاتطبق الجماع أو هو صغير لا يقدر عليه . وقال بعضهم : إن كان يشهى وتتحرك آلته ينبغي أن يجب عليه كمال المهر ، وإذا كان مهما ثالث استوى منه لصحة الخلوة بين أن يكون بصيرا أو

المبدل وتسليمها بالوطء ولم يوجد (ولنا أنها سلمت) وتقريره أن الواجب لا يكون إلا مقدرورا والمقدور للمرأة تسليم المبدل برفع الموانع وقد وجد منها ذلك فتأكد حقها في البذل كما في البيع ، فإن التخلي فيه برفع الموانع تسليم يجب به تسليم الثمن على المشتري ، وأما ما ذكر أن المقودر عليه إنما يصير مستوفى بالوطء فصحيح لكن ذلك تسليم وليس في قدرة المرأة ذلك فلا تكون مكلفة بذلك . وقوله (وإن كان أحدهما مريضا) بيان لما يكون مانعا

حتى لو طلقها كان لها نصف المهر لأن هذه الأشياء موانع . أما المرض فالمراد منه ما يمنع الجماع أو يلقحه به ضرر ، وقيل مرضه لا يعبرى عن تكسر وفوتور ، وهذا التفصيل في مرضها وصوم رمضان لما يلزمه من القضاء والكفارة ، والإجماع لما يلزمه من الدم وفساد النكاح والقضاء ، والحيض مانع طبعاً وشرعاً (وإن كان أحدهما صائماً تطوعاً قلها المهر كله) لأنه يباح له الإفطار من غير عذر في رواية المتقي ،

أعني يقطان أو نائماً بالغا أو صبياً يعقل ، لأن الأعمى يحس والتام يستيقظ ويتناول ، فإن كان صغيراً لا يعقل أو مجنوناً أو مغيباً عليه لا يمنع . وقيل المجنون والمغيب عليه يمنعان ، وزوجه الأخرى مانعة إليه رجعاً بمحمد ، والجواري لا تمنع . وفي جوامع الفقه : جازيتها تمنع بخلاف جازيته . وفي شرح الجمع : في أمته روايتان . والكلب المقور مانع ، وغير المقور إن كان لها منع أوله لا يمنع ، وعنى أن كلبه لا يمنع وإن كان عقوراً ، لأن الكلب قط لا يتعلق على سيده ولا على من يعمسه عنه . ولو سافر بها فعدل عن الخلاء بها إلى مكان تحال فهي صحيحة ، ولا تصح الخلوة في المسجد والحمام . وقال شلداد : إن كانت ظلمة شديدة همت لأكلها ، كالسائر ، وعلى قياس قوله تصح على سطح لاستترائه إذا كانت ظلمة شديدة . والأوجه أن لا تصح لأن المانع الإحصان ولا يختص بالبصر ، ألا ترى إلى الامتناع لوجود الأعمى ولا إحصان للإحصان ، ولا تصح في بيتان ليس له باب ، وتصح في عمل عليه قبة مضروبة وهو يقدر على وطئها وإن كان نهاراً والخلوة والقبعة كذلك . ولو كانتا في غزن من غان يسكنه الناس فرد الباب ولم يفقهه والناس قعود في وسطه غير مترصدتين لنظرهما همت ، وإن كانتا مترصدتين لا تصح ، وهذه الموانع من قبيل الحسي . ولو دخلت عليه فلم يعرفها ثم خرجت أو دخل هو عليها ولم يعرفها لا تصح عند أبي الليث ، وتصح عند الفقيه أبي بكر ، وكلها لو كانت نائمة ، ولو عرفها هو ولم تعرفه هي تصح .

[فرعان الأول : لو قال إن خلوت بك فأنت طالق فخلأ بها طلقت ويجب نصف المهر . الثاني : للزوج أن يدخل بزوجته إذا كانت تطيق الجماع من غير تقدير ، وقد قدر بالبلوغ وبالتسع . واعلم أن أمهاتنا أقاموا الخلوة الصحيحة مقام الوطء في حق بعض الأحكام تأكد المهر وفوتور النسب والعدة والنفقة والسكنى في مدة العدة ومراعاة وقت طلاقها ولم يقيموا مقامه في الإحصان ، وحلها للأول والرجعة والميراث ، وحرمه البيات ، يعني إذا خلا بالمطلقة الرجعية لا يصير مراجعاً ، وإذا خلا بامرأة ثم طلقها لأحرمت بناتها ولا يرث منها لو ماتت في العدة للاحتياط الواجب في هذه الأحكام . وفي شرح الشافعي ذكر تزوج البنت على عكس هذا فحينئذ خلاف . وأما في حق وقوع طلاق آخر فقيه روايتان ، والأشبه وقوعه لأن الأحكام لما اختصت في هذا الباب وجب أن يقع احتياطاً (قوله وهذا التفصيل في مرضها) قال الصدر الشهيد : وهو الصحيح

عن الخلوة حسيماً كان أو شرعياً . وقوله (وقيل مرضه) خاصله أن المرض في جانبها يتنوع بلا خلاف ، وأما المرض من جانبها فقد قيل إنه أيضاً يتنوع ، وقيل إنه غير متنوع وأنه يمنع ضمة الخلوة على كل حال ، وجميع أنواعه في ذلك على السواء . قال الصدر الشهيد : هو الصحيح . ووجهه ما قال المصنف مرضه (لا يعبرى عن تكسر وفوتور) وقوله (وإن كان أحدهما صائماً تطوعاً قلها المهر كله لأنه يباح له الإفطار) اعترض عليه بأنه ينبغي أن لا يلزمه كل المهر لأنه يلزمه القضاء على تقدير الإفساد فلا تكون الخلوة صحيحة كما في قضاء رمضان . والجواب بأن لزوم القضاء في التطوع عندنا لفرضية صيانة المؤدى عن البطلان ، والثابت بالضرورة يقبل بقدرها فلا

وهذا القول في المهر هو الصحيح . وصوم القضاء والمنذور كاليتطوع في رواية لأنه لا كفارة فيه . والصلاة بمنزلة الصوم فرضها كفره ونفلها كنفله (وإذا خلا المحبوب بامرأته ثم طلقها فلها كمال المهر عند أبي حنيفة ، وقالوا عليه نصف المهر) لأنه أعجز من المريض ، بخلاف العتق لأن الحكم أدير على سلامة الآلة . ولأبي حنيفة أن المستحق عليها التسليم في حق السحق وقد أتت به . قال (وعليها العدة في جميع هذه المسائل) احتياطا استحسانا لتوهم الشغل ، والعدة حتى الشرع والولد

(قوله وهذا القول) أي رواية المتقي في حق كمال المهر هو الصحيح دفعا للضرر عنها ، أما في حق جواز الإفطار فالصحيح غيرها ، وهو أنه لا يباح إلا بعذر ، وقد قلنا في كتاب الصوم بحثا أن رواية المتقي في جواز الإفطار بلا عذر لم وجوب القضاء لعدم الدليل من ظاهر الرواية وقول المصنف هو الصحيح احتراز عن رواية شاذة عن أبي حنيفة أنه يمنع لأنه يمنعه الجماع ويجعله آمنا لما فيه من إبطال العمل (قوله أدير على سلامة الآلة) يعطى أن خطوة النصى صحيحة وهو كذلك بالاتفاق (قوله والعدة واجبة في جميع هذه المسائل) أي عند صحة الخلوة فسادها بالموانع المذكورة احتياطا لتوهم الشغل نظرا إلى التمكن الحقيقي ، وكذا في المحبوب لقيام أحوال الشغل بالسحق ، ولما ثبتت نسب الولد منه عند أبي سليمان . وذكر القرطبي أن علم أنه يزل يثبت وإن علم بخلافه فلا وعليها العدة ، والأول أحسن ، وعلم القاضي بأنه يزل أو لا ربما يتصلر ، أو يتعسر . قال العتبي : تكلم مشايخنا في العدة الواجبة بالخلوة الصحيحة أنها واجبة ظاهرا أو حقيقة ، فقبل لو تزوجت وهي متيقنة بعدم النكاح حل لها ديانة لأقضاء . وقوله (والعدة حتى الشرع) ولذا لا تسقط أو أمسقطها ولا يحل لها الخروج ولو أذن لها الزوج ، وتدخل العدتان ولا يتداخل حتى العبد (والولد) أي وحتى الولد ولذا قال صلى الله عليه وسلم لا يحل لامرأى يؤمن بالله واليوم الآخر أن

يعد وإلى إفساد الخلوة ، بخلاف قضاء رمضان فإن لزوم قضائه ليس كذلك بل هو فرض مطلق فكان أثره عاما . وقوله (وهذا القول في المهر هو الصحيح) أي الأخذ برواية المتقي في حق كمال المهر دفعا للضرر عنها هو الصحيح . وأما في حق جواز الإفطار فالصحيح غير رواية المتقي ، وهو أنه لا يباح الإفطار بغير عذر . وحاصله أن المأخوذ في حق كمال المهر رواية المتقي ، وفي حق جواز الإفطار الرواية الأخرى ، واحتراز بقوله هو الصحيح عن رواية شاذة عن أبي حنيفة وهي أن صوم التطوع يمنع صحة الخلوة لأنه يمنعه عن الوطء شرعا لما فيه من إبطال العمل الموثم . وقوله (وإذا خلا المحبوب) المحبوب هو الذي استوصل ذكره ونهيه من الحب وهو القطع إذا خلا المحبوب (بامرأته ثم طلقها فلها كمال المهر عند أبي حنيفة وقالوا : عليه نصف المهر لأنه أعجز من المريض) لوجود آلة الجماع في المريض وقد يجامع بخلاف المحبوب ، والمريض مانع عن الخلوة فالحب أولى (بخلاف العتق) فإن الوقوف على حقيقة العنة متعلو وسلامة الآلة وجود السبب إلى الوطء إذ الأصل السلامة في الوصف أيضا فيلزم الحكم عليه (ولأبي حنيفة أن المستحق عليها التسليم في حق السحق) لأنه وسع مثالا في هذه الحالة وقد أتت بما وجب عليها ، وأما عدم التسليم فلذلك ليس من جهتها كما تقدم (وعليها العدة في جميع هذه المسائل) يعني فيها إذا كانت الخلوة صحيحة أو فاسدة (احتياطا استحسانا لتوهم الشغل والعدة حتى الشرع والولد) أما أنها حتى الشرع فيلزم عليه أن الزوجين لا يملكان إسقاطها والتدخل يجرى فيها ، وحتى العبد لا يتداخل ، وأما أنها حتى

(قوله وقوله وهذا القول في المهر هو الصحيح ، لذقوله : دفعا للضرر عنها هو الصحيح ، أما في حق جواز الإفطار فالصحيح غير رواية المتقي ، وهو أنه لا يباح الإفطار من غير عذر) أقول : لعل هذا يحمل عفرا في لسان الإفطار ، فليقبل في هذا المقام فإنه لا يتخلو عن الكلام

فلا يصدق في إبطال حق الغير . بخلاف المهر لأنه مال لا يحنط في إيجابه . وذكر القنوري في شرحه أن المانع إن كان شرعيا كالصوم والحيف يجب العدة لثبوت التمكن حقيقة . وإن كان حقيقيا كالمرض والصغر لا يجب لانعدام التمكن حقيقة . قال (وتستحب المنة لكل مطلقة إلا المطلقة واحدة وهي التي طلقها الزوج قبل الدخول بها وقد سمي لها مهرا) وقال الشافعي : يجب لكل مطلقة إلا لهذه لأنها وجبت صلة من الزوج لأنه أوحشها

يسق ماءه زرع غيره . فلا يصدق أن في إبطالها باتفاقهما على علم الوطء . بخلاف المهر لأنه مال فلا يحنط في إيجابه) غير أن في وجه الاستدلال بالحديث على أنها حق الولد تأملا (قوله وذكر القنوري في شرحه) مختصر الكرخي (أن المانع إن كان شرعيا يجب العدة لثبوت التمكن حقيقة . وإن كان حقيقيا كالمرض والصغر لا يجب لانعدام التمكن حقيقة) فكان كالطلاق قبل الدخول من حيث قيام اليقين لعدم الشغل ، وما قاله قال به الترتاشي وقاضيخان ، ويؤيد ما ذكره الثاني إلا أن الأوجه على هذا أن ينص الصغر بغير القادر والمرض بالمدنف لثبوت التمكن حقيقة في غيرهما . وأعلم أن المراد بوجود العدة بالخلوة إنما هو في النكاح الصحيح ، أما النكاح الفاسد فلا يجب العدة بالخلوة فيه بل بحقيقة الدخول (قوله وتستحب المنة لكل مطلقة إلا المطلقة واحدة وهي التي طلقها الزوج قبل الدخول وقد سمي لها مهرا) وفي كل من الصدر والاستثناء إشكال . أما الأول فإن المطلقة قبل الدخول التي لم يسم لها مهرا داخلية في عمومها والمنة واجبة لها . وأما الثاني فالمطلقة قبل الدخول المفروضة لها ذكر في المتوسط والمحيط والمختلف والمحصن أن المنة تستحب لها . وأجيب عن الأول أن الاستصحاب مستعمل في أم من الوجوب : يعني أنه بالمعنى القوي أو هو عام مخصوص بالصورة السابقة ، وقرينة التخصيص هو تقديم ذكرها فكانه قال : وتستحب لكل مطلقة غير تلك . وعن الثاني أنه قول القنوري تبعه فيه . وفي بعض مشكلات القنوري المنة أربعة أصنام : واجبة وهي ما تقدم ، ومستحبة وهي التي طلقها بعد الدخول ولم يسم لها مهرا ، وسنة وهي التي طلقها بعد الدخول وقد سمي لها المهرا ، والرابعة ليست بواجبة ولا سنة والمستحبة وهي التي طلقها قبل الدخول وقد سمي لها مهرا لأن نصف المهر ثابت لها فيقوم مقام المنة . وقيل الصحيح أن هنا تغييرا وقع من الكاتب ، فذكر بعضهم أن في بعض النسخ ولم يسم لها مهرا ، ونقل في الدراية ضبطه كذلك عن غير واحد (قوله وقال الشافعي رحمه الله : يجب لكل مطلقة إلا لهذه) وعن أحمد رواية كقولهم ورواية كقولنا وتقديم تفصيل مالك .

الولد فللقوله عليه الصلاة والسلام « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقن ماءه زرع غيره » والمقصود منه رعاية نسب الولد وهو حق (فلا يصدق) المرأة (في إبطال حق الغير) بقولها لم يطأني ، وقيل معناه فلا يصدق الزوج في إبطال حقها بقوله لم أطأها (بخلاف المهر) فإنه لا يجب بالخلوة الفاسدة (لأنه مال لا يحنط في إيجابه) قوله (وذكر القنوري في شرحه) أي شرح مختصر الكرخي وكلامه واضح . قال (وتستحب المنة لكل مطلقة إلا المطلقة واحدة وهي التي طلقها الزوج قبل الدخول بها وقد سمي لها مهرا . وقال الشافعي : يجب لكل مطلقة إلا لهذه) التركيب على هذا الوجه هو الذي وقع في النسخ الصحيحة الموثوقة بها ، وهو كما ترى يقتضي أن لا تكون المنة واجبة للمقوضة الغير المختول بها لدخولها في قوله لكل مطلقة وهو يناقض ما تقدم من قوله ثم هذه المنة .

(قوله فلا يصدق الزوج في إبطال حقها بقوله الخ) أقول : فيه أنه لا يناسب التماس ، والأظهر منه فلا يصدق وأحد منهما في إبطال حق الغير وهو للشرح وأقوله .

بالفراق . إلا أن في هذه الصورة نصف المهر طريقة المتعة لأن الطلاق فسخ في هذه الحالة والمتعة لا تتكرر .

وجه قول الشافعي أنها في المطلقة قبل الدخول والتسمية واجبة اتفاقا بالنص . وأما في المدخول بها فلأن وجوب المتعة الواجبة في صورة عدم التسمية للإجماع بالطلاق ، وما سلم لها من المهر ليس في مقابلته بل في مقابلة البضع فتجب دفعا للإجماع . وأما التي لم يدخل بها وقد سمي لها فوجوب نصف المهر الثابت لما يقوله تعالى - وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم - بطريق المتعة : أي بطريق إيجاب المتعة في غيرها وهو جبر صدع الإجماع لا المهر لعدم استفاد منافع بضعها فلا تجب متعة أخرى . ولا تكرر . وقوله فسخ مجازا لأنه وقع طلاقا حتى انتقص به عدد الطلاق ، لكنه كالفسخ من جهة أنه كالحالة السابقة على التكاح بسبب عود الموقوف عليه سالما إليها فلا يلزم كون ما ذكر على قول من قال يسقط كل المهر بهذا الطلاق لأنه فسخ ، ثم يجب بطريق المتعة مخالفا لقول المحققين إنه يبقى نصف المهر ويسقط نصفه بالنص . وله أيضا قوله تعالى - وللطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين - خص منها تلك المطلقة بنص - فنصف ما فرضتم - جعله تمام حكمها ، وبه يحصل قوله تعالى - إذا نكحتم المؤمنات - إلى قوله - فتوهن - على غير المقروض لما أحق عليه أن نصف مهرها

واجبة ، ويقضى أن لا تكون المتعة للمستثناة مستحبة لأنه استثنائها من الاستحباب ، وقد صرح باستحبابها لما في المبسوط والمحيط والحصص . وزاد الفقهاء وجامع الإسيجاني ، ويقضى أن لا تكون المتعة واجبة للمستثناة عند الشافعي لأنه استثنائها من الوجوب ، وذكر في الحصر أنها واجبة عنده لهذه المستثناة أيضا . وإذا عرفت هذا فاعلم أن معنى كلامه : وتستحب المتعة لكل مطلقة غير التي ذكرناها من قبل إلا المطلقة واحدة وهي التي طلقها الزوج الخ ، وهو اختيار القدوري ، فإنه ذكر في شرحه أن المتعة واجبة ومستحبة ، فالواجبة التي طلقها قبل الدخول والتسمية : والمستحبة لكل مطلقة إلا التي طلقها قبل الدخول . وقد سمي لها مهرًا وقد وقع اختياره موافقا لرواية التحفة ومخالفا للكتب المذكورة . وأما الشافعي فله في المستثناة قولان : في قوله القديم تجب وهو الذي ذكره صاحب الحصر ، وفي الجديد لا تجب وهو الذي ذكره في الكتاب وهو أصح القولين ، فعلى هذا كانت المتعة عندنا على ثلاثة أقسام : واجبة ، ومستحبة ، وغير مستحبة . لأن المطلقة إما أن تكون مملووسة أولا ، فإن لم تكن فلما أن يكون مهرها مسمى أولا ، فإن لم يكن فهي التي وجبت لها المتعة . وإن كان فهي المستثناة التي لا تستحب لها المتعة ، وإن كانت مملووسة سواء كان مهرها مسمى أو لم يكن تستحب لها المتعة . وعند الشافعي هي تنقسم إلى واجبة وإلى غيرها . واستدل له في الكتاب بقوله (لأنها وجبت) وهو دليل على وجوبها لكل مطلقة . وعلمه للمستثناة . وتقرره : المتعة وجبت صلة من الزوج لإجماعها بالفراق ، وكل ما كان كذلك يجب لكل من أوجبت به ، فالمتعة يجب لكل مطلقة لأنها أوجبت بالفراق (إلا أن في هذه الصورة) يعني المستثناة (نصف المهر يجب بطريق المتعة لأن الطلاق فسخ) معنى (في هذه الحالة) لعدم مالها إليها سالما ، وذلك يقتضي سقوط المهر كله . كما في فسخ البيع . لكن الشارع أوجب نصف المهر بطريق المتعة (والمتعة لا تكرر) فلا تجب للمتعة هذه المطلقة وتجب لغيرها . وإنما قال : وجبت صلة احترازًا عن قولنا إن المهر عوض والمتعة خلف عنه . والقائدة تظهر في مستلثين : إحداهما أن المطلقة بعد الدخول بها لا تستحق المتعة عندنا لأنها قد استصحت عوض منافع البضع مرة فلا تستحق غيره ، وعنده تستحب لأنها وجبت صلة بسبب الإجماع فيجب للمهر لاستيفاء منافع البضع والمتعة لوحدة الفراق . والثانية أن المتعة لا تتراد على نصف المهر عندنا لتلايزه بالخلف على الأصل . وعنده تتراد .

(ولنا أن المتعة خلف عن مهر المثل في المقوضة لأنه سقط مهر المثل ووجبت المتعة ، والعقد يوجب العوض فكان خلفا والخلف لا يجمع الأصل ولا شيئا منه

بطريق المتعة (قوله ولنا أن المتعة خلف عن مهر المثل في المقوضة) بكسر الواو المشددة وقع به السماع لأنها مقوضة أمر نفسها لولها وللزوج ، ويجوز فتحها : أي فوضها وليها للزوج وهي التي زوجت بلا مهر سمي . وحاصله منع كون علة الوجوب في الأصل وهي المقوضة الإباحش ، وأبطل مناسبتها للعلة آخر بقوله وهو غير جان في الإباحش لأنه بإذن الشرع بل الوجوب فيها تعويض عما كان واجبا لها من نصف مهر المثل لأنه أقرب إلى فهم من علم أنه تعالى أسقط ما كان واجبا لها ثم أوجب لها شيئا آخر مكانه ، وعلم أن لاجتابة في الطلاق بل قد يكون مستحبا في التي لاتصل والفاجرة ، ولا سقوط في المخلول بها مطلقا فلا تجب لانتهاء العلة المساوية ، ولا تسلم أن ما سلم للمخلول بها في مقابلة البضع بل بقبولها العقد على نفسها الملتصق به المال في قوله تعالى - أن تبغوا بأموالكم محسنين - ولما كان لها المطالبة به قبل الدخول ، غير أن الدخول يتقرر ما كان على شرف السقوط وقوله تعالى - وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين - إما أن اللام للعهد الذكرى في المطلقات التي لم يسم من مهر لأنهم تقدم ذكرهن بقوله تعالى - لاجتاحت عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة - ثم قال - ومتوهن - أو يراد بتموهن إيجاب نفقة العلة وكسوتهما ، وأما غير المخلول بها المسمى لها فعل الاتفاق ،

(ولنا أن المتعة خلف عن مهر المثل في المقوضة) لوجود حد الخلف لأن مهر المثل سقط بالطلاق قبل الدخول ووجبت المتعة ، والحال أن العقد يوجب العوض لا يتفك عنه قوله تعالى - أن تبغوا بأموالكم - على ما عرف في الأصول ، فكان وجوب المتعة مضافا إلى العقد بعد مهر المثل ، ولا يعني بالخلف إلا ما يجب بعد سقوط شيء مضافا إلى سبب ذلك الشيء كالتيمم مع الوضوء ثبت أنها خلف (والخلف لا يجمع الأصل) فالمتعة لا يجمع مهر المثل ولا شيئا متصلا به ككل المفروض عند الطلاق بعد الدخول أو بعض المفروض عنده قبله . واعلم أنه قيل في توجيه كلامه : إن المراد بالأصل كل المفروض ، كما إذا كان بعد الدخول والتسمية ، ويقول أنه شيئا منه نصف المفروض كما إذا كان قبل الدخول وبعد التسمية ، وفيه نظر لأنه حيثئذ يكون مقطعا عن الكلام الأول وهو قوله المتعة خلف عن مهر المثل ، فإن قياسه هكذا المتعة خلف عن مهر المثل ، وأخلف لا يجمع الأصل فالمتعة لا يجمع الأصل وهو مهر المثل ، وليس في ذلك ذكر التسمية كما ترى ، وليس المسمى إلا عدم وجوب المتعة مع وجوب المسمى أو بعضه ومع وجوب مهر المثل . فالصواب أن يقال : الأصل هو مهر المثل والمتعة لا يجمعها وجوبا ، والمراد بقوله ولا شيئا منه المسمى وبعضه ومن هي من المتصلة كما في قوله تعالى - وللمنافقون والمنافقات بعضهم من بعض - أي بعضهم متصل ببعض ، فيكون معناه والخلف وهو المتعة لا يجمع الأصل وجوبا وهو مهر المثل إذا طلقها بعد الدخول من غير تسمية ولا يجمع شيئا متصلا بالأصل وهو كل المسمى بعد الدخول وبعضه قبله ، ويكون قوله ولا شيئا منه ملحقا بالثابت بالقياس المتقدم لأنه من نتيجته لأنه لم يذكر في مقدماته ، لكنه لما كان متصلا به أخفى بحكمه ، وبمعنى الاتصال بين مهر المثل والمسمى أن كلا منهما

(قال المصنف : ولا شيئا منه) (قوله : لفظ من فقرته هي الاتصالية : أي ولا شيئا متصلا به ككل المفروض عند الطلاق بعد الدخول

فلا تجب مع وجوب شيء من المهر ، وهو غير جان في الإباحش فلا تلحقه الفرامة به فكان من باب الفصل (وإذا زوج الرجل ابنته على أن يزوجه الآخر ابنته أو أخته ليكون أحد العقدین عوضاً عن الآخر فالعقدان جائزان ، ولكل واحدة منهما مهر مثلها) وقال الشافعي : بطل العقدان لأنه جعل نصف البضع صداقا والنصف منكحة ، ولا اشتراك في هذا الباب فبطل الإيجاب . ولنا أنه سمي مالا يصلح صداقا فيصح العقد ويجب مهر المثل ، كما إذا سمي المهر والخزير ولا شركة بدون الاستحقاق .

وإنما أثبتنا الاستحباب في المدخولات لقوله تعالى - أمتكن وأسرحكن سراحا جيلا - وهن مدخولات (قوله وإذا زوج الرجل ابنته على أن يزوجه الآخر ابنته أو أخته ليكون أحد العقدین عوضاً عن الآخر) أي صداقا فيه ، وإنما قيد به لأنه لو لم يقل على أن يكون بضع كل صداقا للآخرى أو معناه بل قال زوجتك بنتي على أن تزوجني بنتك ولم يرد عليه فقبل جاز النكاح اتفاقا ولا يكون شفارا . ولو زاد قوله على أن يكون بضع بنتي صداقا لبنتك فلم يقبل الآخر بل تزوجه بنته ولم يجعلها صداقا كان نكاح الثاني صحيحا اتفاقا والأول على الخلاف ، ثم حكم هذا العقد عندنا صحة وفساد التسمية فيجب فيه مهر المثل . وقال الشافعي رحمه الله : بطل العقد بالمقول والمقول . أما الأول فحديث عمر رضي الله عنه أخرجه الستة وأن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن نكاح الشفارة وهو أن يزوجه الرجل ابنته أو أخته من الرجل على أن يزوجه ابنته أو أخته وليس بينهما صداق . والنهي يقتضي فساد المنهي عنه ، والفساد في هذا العقد لا يفيد الملك اتفاقا . وعنه صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا شفارة في الإسلام » والنهي رفع لوجوده في الشرع وعرف منه التعلل إلى كل ولي يزوجه موليته على أن يزوجه الآخر موليته ، كسبذ

بضع أمثالا لما هو المهر عند الله وبيان له كما عرف في الأصول ، ويعضد هذا قوله في آخر كلامه (فلا تجب مع وجوب شيء من المهر) لتناول مهر المثل وكل المسمى وبعضه ، هذا الذي منحت لي في حل هذا الموضع ، والله أعلم . وقوله (وهو غير جان) جواب عن قوله أوحشها بالفراق . وتقريره : سلمنا أنه أوحشها بالفراق لكنه لم يكن في الإباحش جانبا لأنه فعل مافصل بإذن الشرع (فلا تلحقه الفرامة) بوجوب المنة (فكان) المنة بتأويل المتاع (من باب الفصل) أي الاستحباب . قال (وإذا زوج الرجل ابنته) وإذا زوج رجلان كل منهما بنته أو أخته للآخر بشرط أن يزوجه الآخر بنته أو أخته صح النكاح عندنا ولكل منهما مهر المثل ، ويسمي هذا النكاح نكاح الشفارة من الشفارة وهو الرق والإخلاء ، وسمي به لأنهما بهذا الشرط كأنهما رفا المهر وأغليا البضع عنه . وقال الشافعي : النكاحان باطلان لأنه جعل نصف البضع صداقا والنصف منكحة ، لأنه لما جعل ابنته منكحة الآخر وصداق ابنته اقتضى ذلك انقسام منافع بضعها عليهما نصفين ، فيصير النصف للزوج بحكم النكاح والنصف لبنته بحكم المهر فيلزم الاشتراك ، والاشتراك في هذا الباب يبطل للإيجاب (ولنا أنه سمي مالا يصلح صداقا) وكل ما كان كذلك صح العقد فيه ووجب مهر المثل (كما إذا سمي المهر والخزير) وقوله (ولا شركة بدون الاستحقاق) جواب المصنف . وبيانه أن البضع لما لم يصلح صداقا لم يتحقق الاشتراك لأن منافع البضع للمرأة

أو بعض المفروض عنه قبله (قال المصنف : ليكون أحد العقدین عوضاً عن الآخر) أقول : أراد بالمعنى المقود عليه والبضع . قال ابن الحارث : وإنما قيد به لأنه لو لم يقل على أن يكون بضع كل صداقا للآخرى لمعناه بل قال زوجتك بنتي على أن تزوجني بنتك ولم يرد عليه فقبل جاز النكاح اتفاقا ولا يكون شفارا ، ولو زاد قوله على أن يكون بضع بنتي صداقا لبنتك فلم يقبل الآخر بل تزوجه بنته ولم يجعلها

(وإن تزوج حر امرأة على خملته إياها سنة أو على تعليم القرآن فلها مهر مثلها ، وقال محمد : لها قيمة خدمته . وإن تزوج عبد امرأة بإذن مولاه على خملته سنة جاز ولها خملته) وقال الشافعي : لها تعليم القرآن والخلمة في الوجهين لأن ما يصح أخذ العوض عنه بالشرط يصلح مهرا عنده لأن بذلك تتحقق المعاوضة ، وصار كما إذا تزوجها على خملته حر آخر أو على رعي الزوج غنمها ، ولنا أن المشروع هو الابتغاء بالمال والتعليم ليس بمال وكذلك المنافع على أصلنا

الأمة يزوج أمته على أن يزوجه الآخر موليته . كملك . وأما الثاني فإن كل بضع صداق حينئذ ومنكوح فيكون مشتركا بين الزوج ومستحق المهر وهو باطل ، والإطبات في تقريره مستغنى عنه . والجواب عن الأول أن متعلق التهيؤ والنفي مسمى الشغار وما عرذ في مفهومه خلوه عن الصداق ويكون البضع صدقا . ونحن قائلون بنفي هذه المسامية وما يصدق عليها شرعا فلا تثبت النكاح كملك . بل ينطه فينبى نكاحا مسمى فيه مالا يصلح مهرا فيعتقد موجبا لمهر المثل كالنكاح المسمى فيه خر أو خنزير ، فما هو متعلق التهيؤ لم تثبت وما أثبتناه لم يتعلق به بل انقضت العمومات صحتها : أعنى ما يفيد الانتقاد بمهر المثل عند عدم تسمية المهر وتسمية مالا يصلح مهرا ، فظهر أننا قائلون بموجب المقول حيث نفيناها ولم نوجب البضع مهرا . وعن الثاني بتسليم بطلان الشركة في هذا الباب ونحن لم نثبتها إذ لا شركة بدون الاستحقاق ، وقد أبطلنا بكونه صدقا فيبطل استحقاق مستحق المهر نصفه في كونه منكوحا في عقد شرط فيه شرط فاسد ولا يبطل به النكاح ، بخلاف مالهو زوجت نفسها من رجلين فإن بطلان الاشتراك فيه لا يستلزم بطلان النكاح وإنما استلزمه عدم موجب التحسين لعلم الأولوية (قوله وإن تزوج حر امرأة على خملته شهرا أو سنة فلها مهر مثلها . وقال محمد في الجامع : لها قيمة خدمته سنة) ولم يذكر القاموس خلافا . واختلف في قول أبي يوسف ، فقال المنتهونى : ينبغي أن يكون مع محمد ، وقال بعض المشايخ مع أبي حنيفة ، وهو الأظهر ولأنا لم يقتصر على خلاف محمد في الجامع الصغير (قوله وقال الشافعي : لها تعليم القرآن والخلمة في الوجهين) أى وجهى حرية الزوج وعديته (قوله وكذا المنافع على أصلنا) قصر النظر على هذه النكحة يوجب أن لا يصح تسمية شيء من المنافع ، وملاحظة قوله وخدمة العبد ابتغاء بالمال لتضمنه تسليم رقبته وهى مال

لا يصلح أن تكون مملوكة لامرأة أخرى فيبقى هذا شرطا فاسدا والنكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة (وإن تزوج حر امرأة على خملته لها سنة أو على تعليم القرآن صح النكاح ولها مهر المثل . وقال محمد : لها قيمة خدمته سنة وإن تزوج عبد امرأة بإذن مولاه على خملته لها سنة جاز ولها الخلمة ، وقال الشافعي : لها تعليم القرآن والخلمة في الوجهين) يعنى سواء كان عبدا أو حرا (لأن ما يصح أخذ العوض عنه بالشرط يصلح مهرا) لأن المعاوضة تتحقق بذلك ، والتعليم والخلمة كذلك لأنه إذا استأجر شخصا على تعليم القرآن أو الأذان أو الإقامة جاز عنده (فصار كما إذا تزوجها على خملته حر آخر أو على رعي الزوج غنمها . ولنا أن المشروع) في عقد النكاح (هو الابتغاء بالمال) لقوله تعالى - أن تبغوا بأموالكم - (والتعليم ليس بمال) فلا يكون الابتغاء به مشروعاً (وكذلك المنافع على أصلنا) لأنها لا تبنى زمانين ، والتوكل يعتمد البقاء زمانين فلا تكون الخلمة مالا فلا يكون الابتغاء به

صدقا كان نكاح الثاني صحيحا اتفاقا ، والأول على الخلاف له . فكل هذا كان الظاهر أن يقول : ليكون كل من المتدين موصيا من الآخر وقيله الزوج كما لا يخفى (قال المصنف : وإن تزوج عبد امرأة بإذن مولاه على خملته سنة جاز) أقول : الأولى تأخير قوله بإذن مولاه من

وخلعة العبد ابتغاء بالمال لتضمنه تسليم رقبته ولا كذلك الحر : ولأن خلعة الزوج الحر لا يجوز استحقاقها بعقد النكاح لما فيه من قلب الموضوع ، بخلاف خلعة حر آخر برضاه لأنه لا منافية ،

يفتضى جواز جميع منافع الأعيان ماعدا خلعة الحر ، ويوافقه عموم مفهوم قوله ولا كذلك الحر ، وهذا موافق لما في جامع قاضيخان وشرح الشافعي لنجم الدين عمر النسفي . وما قال في البدائع : لو تزوجها على سائر منافع الأعيان سكنى داره وخلعة عبده وركوب دابته والحمل عليها وزراعة أرضه : يعنى أن تزوج على أرضه ونحوها من منافع الأعيان مدة معلومة صحت التسمية لأن هذه المنافع أموال أو ألحققت بالأموال شرعا في سائر العقود لمكان الحاجة إليها والحاجة في النكاح متحققة وإمكان الدفع ثابت بتسليم محالها إذ ليس فيه استخدام المرأة زوجها فيفيد جواز تسمية خلعة الحر وهو الصحيح . وفي الغاية معزيا إلى المحيط : لو تزوجها على خلعة حر آخر فالصحيح هو ترجع على الزوج بقيمة خلعته ، وهذا يشير إلى أنه لا يلزمها ، فلما لأنه أنجب فلا يؤمن الانكشاف عليه مع مخالطته للخلعة ، ولما أن يكون مراده إذا كان يغير أمر ذلك الحر ولم يجره . وأنت إذا تأملت تحليل عمده رحمه الله وجوب قيمة الخلعة بأن المسمى مال إلا أنه حصر عن التسليم للمنافضة وتحليلهما في مالهية بعدم استحقاقه في هذا العقد بحال المفيد أنه لو استحق تسليمه الحق بالأموال لكن انتفى ذلك للزوم المنافضة لانكاد تتوقف في صحة تسمية خلعة حر آخر ، ثم بعد هذا يجب أن ينظر ، فإن لم يكن بأمره ولم يجره وجب قيمتها ، وإن كان بأمره ، فإن كانت خلعة معينة تستدعي مخالطة لا يؤمن معها الانكشاف والفتنة وجب أن تمنع وتطلى هي قيمتها أو لاستدعي ذلك وجب تسليمها ، وإن كانت غير معينة بل تزوجها على منافع ذلك الحر حتى تصير أحق بها لأنه أجبر وحده ، فإن صرفته في الأول فكالأول ، أو في الثاني فكالثاني ، وقد أزال المصنف آخره ١ بقوله بخلاف خلعة حر آخر فإنه لا منافية . والحاصل أن ما هو مال أو منفعة يمكن تسليمها شرعا يجوز الزوج عليها ، وما لا يجوز كخلعة الزوج الحر للمنافضة أو حر آخر في خلعة تستدعي خلوة الفتنة وتعليم القرآن لعدم استحقاق الأجرة على ذلك كالأذان والإمامة والحج . وعند الشافعي : يجوز أخذ الأجرة على هذه فصيح تسميتها . واختلفت الروايات في رعي غنمها وزراعة أرضها للتردد في تحمضها خلعة وعلمه ، وكون الأوجه الصحة لقص الله سبحانه قصة شعيب وموسى عليهما السلام من غير بيان نفيه في شرعنا إنما يلزم لو كانت الغنم ملك البنت دون شعيب وهو

مشروعا (وخلعة العبد ابتغاء بالمال لتضمنه تسليم رقبته العبد) كما في الإجارة (ولا كذلك الحر) وعلى هذه النكحة يمنع جواز النكاح على خلعة حر آخر ورعي الغنم ، ولأن خلعة الزوج لا تستحق بعقد النكاح (لما فيه من قلب الموضوع) لأن عقد النكاح يفترض أن تكون المرأة خادمة والزوج مخدوما لقوله عليه الصلاة والسلام « النكاح رقي » وفي جعل خلعة الزوج مهرها لما كون الرجل خادما والمرأة مخدومة وذلك خلاف موضوع النكاح بلا خلاف (بخلاف خلعة حر آخر برضاه) فإنه يصح أن يكون مهرها لأنه يسلم فيه رقبته كالمستأجر ، ولا منافية

قوله على خلعة . نكح (قوله لتضمنه تسليم رقبته العبد) أقول : الذي هو المال (قوله ولا كذلك الحر) أقول : فإن رقبته ليست بمال (قوله وعلى هذه النكحة يمنع جواز النكاح على خلعة حر آخر ورعي الغنم) أقول : ويدل على ذلك إطلاق قوله ولا كذلك الحر .

وبخلاف خدمة العبد لأنه يخدم مولاه معنى حيث يخدمها بإذنه وأمره: وبخلاف رعى الأغنام لأنه من باب القيام بأمر الزوجية فلا مناقضة على أنه ممنوع في رواية ، ثم على قول محمد نجيب قيمة الخدمة لأن المسمى مال إلا أنه عجز عن التسليم لمكان المناقضة فصار كالزواج على عبد الغير ، وعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله يجب مهر المثل لأن الخدمة ليست بمال إذ لا تستحق فيه مجال فصار كسمية الخمر والخنزير ،

متفق (قوله وبخلاف رعى الأغنام الخ) يعنى أنه لم يتمحض خدمة لها إذ العادة اشترك الزوجين في القيام على مصالح مالهما : أى بأن يقوم كل بمصالح مال الآخر (على أنه ممنوع في رواية) في البراية ، بخلاف رعى الغنم والزراعة حيث لا يجوز على رواية الأصل والجامع وهو الأصح : يعنى على أن يزرع لها أرضها ، ويجوز على رواية ابن سبابة لأنه ليس من باب الخدمة لما ذكرنا ، ألا يرى أن الابن إذا استأجر أباه للخدمة لا يجوز ، ولو استأجره للزراعة يصح اهـ .

[فروع] وإذا أعتق أمة وجعل صفها صداقها كأن يقول أعتقتك على أن تزوجيني نفسك يعرض العتق فقبلت صح العتق وهى بالخيار في تزوجه ، فإن تزوجه فلها مهر مثلها خلافاً لأبي يوسف . له الحديث الصحيح

فيه على أنه ممنوع في إحدى الروايتين (وبخلاف خدمة العبد لأنه يخدم المولى معنى حيث يخدمها بإذنه وأمره) بالنكاح وهذا مستغنى عنه ظاهراً لأنه علم الجواب عنه بقوله وخدمة العبد ابتغاء بالمال . ويمكن أن يقال : ذكر المصنف على المدعى دليلين : أحدهما قوله المشروع هو الابتغاء بالمال ، والثاني قوله ولأن خدمة الزوج الحر ، فذكر العبد مرة باعتبار الأول وأخرى باعتبار الثاني (وبخلاف رعى الغنم لأنه من باب القيام بأمر الزوجية فلا مناقضة على أنه ممنوع في رواية) وفى عبارة المصنف تسامح لأنه قال في الدليل : ولنا أن المشروع هو الابتغاء بالمال والتعلم ليس بمال ، وكذا المنافع على أصلنا ، فإن كان محمد داخلاً في قوله ولنا فقوله (ثم على قول محمد نجيب قيمة الخدمة لأن المسمى مال) يناقض ذلك . وإن لم يكن داخلاً كان المناسب ولهما دفعاً للاتباس . ويمكن أن يجاب عنه بأنه داخل بالنسبة إلى تعليم القرآن فقال ولنا وليس بداخل بالنسبة إلى الخدمة فقال في الآخر ثم على قول محمد نجيب قيمة الخدمة لأن المسمى وهو الخدمة مال عند العقد (إلا أنه عجز عن التسليم لمكان المناقضة فصار كالزواج على عبد الغير ، وعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف يجب مهر المثل لأن الخدمة) أى خدمة الحر (ليست بمال إذ لا تستحق فيه) أى لا تستحق الخدمة في النكاح (بمال) ولو كانت مالا لاستحققت لأنه وجد المتقاضى وهو العقد الصادر من الأهل المضاف إلى المثل ، وانتفى المانع وهو كون المهر غير مال . وذكر بعض الشارحين أن سبابة في هذا المكان بكلمة أو هكذا أو لا تستحق فيه بمال . وهو حسن لمعتين : أحدهما أن يكون كل واحد من قوله لأن الخدمة ليست بمال ، وقوله أو لا تستحق بمال فيه دليل على وجوب مهر المثل ، ويكون الأول إشارة إلى قوله : ولنا أن المشروع هو الابتغاء بالمال ، والثاني إشارة إلى قوله ولأن خدمة الزوج الحر لا يجوز استحقاقها بعقد النكاح . والمعنى الثاني أن قوله إذ لا تستحق فيه بمال لادلالة له على أن الخدمة ليست بمال

(قوله ويمكن أن يجاب ، إلى قوله : ثم على قول محمد نجيب قيمة الخدمة الخ) أقول : فكان المناسب سيقول أن يقول : وكذا المنافع على أصلها لتلا يلزم الاتباس ، ولعل الأول أن يقال : محمد متفق معهما في سلب المالية عن الخدمة قبل العقد ، وإنما ثبتت لها المالية بالعقد وما لا يثبتان لها المالية بمجرد العقد بل بالتسليم بعده ، فإن الضرورة إنما تنفع به فالتفريق الناشئة والمخالفة (قوله وذكر بعض الشارحين) أقول : أراد الإقتضى (قوله والمعنى الثاني أن قوله إذ لا تستحق فيه بمال لادلالة له على أن الخدمة ليست بمال الخ) أقول : ولو جعل قوله

وهذا لأن تقومه بالعقد للضرورة، فإذا لم يجب تسليمه بالعقد لم يظهر تقومه فيبقى الحكم للأصل وهو مهر المثل (فإن تزوجها على ألف قبضتها ووهبتها له ثم طلقها قبل الدخول بها رجع عليها بخمسة) لأنه لم يصل إليه

وأنه صلى الله عليه وسلم تزوج صفيه وجعل عتقها صداقها . قلنا : نص كتاب الله تعالى يعين المال فإنه بعد عد المحرمات أصل ما وراهن مقيدا بالابتغاء للمال . قال الله تعالى : وأصل لكم ما وراء ذلك أن تبغوا بأموالكم محصنين - الآية ، وقول الراوى ذلك كناية عن عدم المهر : يعنى أنه أعتقها وتزوجها ولم يكن شيء غير العتق والتزوج بلا مهر جائز للنبي صلى الله عليه وسلم دون غيره . وغاية ما فيه أن ما ذكرناه محتمل لفظ الراوى فيجب حمله عليه دفعا للمعارضة بينه وبين الكتاب ، وإن أبت أن تزوجه أكرمتها بقيمتها ، ولو كانت الجارية أم ولد فأعتقها على ذلك فأبت قال أبو حنيفة : لا يجب عليها قيمتها لأن رقتها غير مقومة عنده . ولو قالت لعبدك أعتقك على أن تزوجني بألف أو على أن تعطيني ألفا قبل عتق ، فإن أبى تزوجها فعليه قيمة نفسه : وإن تزوجها بألف قسم الألف على قيمة نفسه وعلى مهر مثلها ، فما أصاب الرقية فهو قيمته ، وما أصاب المهر فهو مهرها ، وينصف بالطلاق قبل الدخول (قوله فإن تزوجها على ألف) حاصل وجوها إذا تزوجها على مسمى ، فلما أن يكون

إلا بما يفرضه من وجود المقضى وانضاء المانع ، وهو لا يتم لأن الخصم أن يقول لاسلم أنهارو كانت مالا لاستمعت فيه ، وقوله لأنه وجد المقضى وانضع المانع وهو كون المهر غير مال يقول المانع غير منحصر في ذلك بل كونه مفضيا إلى المناقضة مانع أكثر عن الاستحقاق لكن سماعى بكلمة إذ . ولقال أن يقول : قوله وعلى قول أبى حنيفة وأبى يوسف مستغنى عنه لأنه علم ذلك من الدليل في مطلع البحث . ويمكن أن يجاب عنه بأنه أماده تمهيدا لبيان التعليل بقوله (وهذا) أى وجوب مهر المثل (لأن تقومه بالعقد للضرورة) أى لأن تقوم المسمى وهو الخدمة للضرورة حاجة الناس في العقود وهى إنما تنفذ بالتسليم إلى المحتاج (فإذا لم يجب تسليمه في هذا العقد) لمكان التناقض (لم يظهر تقومه فيبقى الحكم للأصل وهو مهر المثل) ولو قال فإذا لم يبر تسليمه كان أولى فأتامل . قال (فإن تزوجها على ألف) هذه المسئلة تنقسم بالقسمة الأولية على قسمين : إما أن تزوجها على مالا يتعين بالتعيين كالنقد أو على ما يتعين به كالروض والحنطة والشعير ، ثم كل واحد منهما على وجهين : إما أن يكون الصداق مقبوضا لها ، أو لم يكن ، وكل واحد منهما على وجهين : إما أن تب المرأة الكل أو البعض ، فإن تزوجها على مالا يتعين بالتعيين وهو ألف درهم قبضتها ثم وهبتها الزوج ثم طلقها قبل الدخول بها يرجع عليها بخمسة درهم لأن الزوج يستوجب عليها الرجوع بنصف ما قبضت مهرها بالطلاق قبل الدخول فإنه ينصف الصداق بالنص ولم يصل إليه حين ما يستوجب به بالغة لأن الدرهم والدنانير لا تتعين بالتعيين في العقود والفسوخ فكانت هبة ، هذه

وهذا إشارة إلى وجه دلالة قوله إذ لا يستحق فيه مال على عدم المالية لانفص مذكرو ، ثم المراد من نفى مالية الخدمة نفى تقومها على ما قبل عليه تشبيهه بسمية الخمر والخبز ، وقوله لأن تقوم الخبز قليل (قال المصنف : وهذا لأن تقومه بالعقد) أقول : أى لأن تقوم المسمى وهو الخدمة (قوله وهذا : أى وجوب مهر المثل) أقول : وعنى هو إشارة إلى وجه دلالة قوله إذ لا يستحق الخبز على عدم المالية لمكان التناقض (قوله فإذا لم يجب تسليمه في هذا العقد ، إلى قوله : ولو قال فإذا لم يبر تسليمه كان أولى) أقول : وإما قال لم يجب إشارة إلى أنه لو كان مالا مقبوما لوجب تسليمه في عقد للموعدة (قوله كالنقد الخ) أقول : وسائر الموزونات والمكيلات إذا كانت في الخدمة (قوله كالروض والحنطة) أقول : إذا أثير إليها حيث جلا مهرها (قوله إما أن يكون الصداق مقبوضا لها) أقول : كلا أو بعضا (قوله وهو ألف درهم) أقول : يعنى مثلا (قال المصنف : لأنه لم يصل إليه بالغة حين ما يستوجب) أقول : لأن ما قبضته ليس بين ما قبل مهرها فإنه وصف في الخدمة ومقبوضها عين (قوله لأن الزوج يستوجب عليها الرجوع بنصف ما قبضت مهرها بالطلاق قبل الدخول فإنه ينصف الصداق بالنص) أقول : قوله بالطلاق تخالف بقوله يستوجب ، وضهير فإنه راجع إلى الطلاق (قوله لأن الدرهم والدنانير لا تتعين بالتعيين في العقود والفسوخ الخ) أقول : وبالله أجمعين لأنك أنتى وهبتها على التى قبضتها ، ألا ترى أنها لو وهبتها لأجنبي فادست عنها بالغة

بالمية عين ما يستوجب لأن الدرهم والدنانير لا يمتنعان في العقود والفسوخ، وكلما إذا كان المهر مكيلا أو موزونا أو شيئا آخر في اللمة لعدم تعيينها (فإن لم تقبض الألف حتى وهبتها له ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع واحد منهما على صاحبه بشيء . وفي القياس يرجع عليها بنصف الصداق وهو قول زفر ، لأنه سلم المهر له بالإبراء فلا تبرأ عما يستحقه بالطلاق قبل الدخول . وجه الاستحسان أنه وصل إليه عين ما يستحقه بالطلاق قبل الدخول وهو براءة ذمته عن نصف المهر ، ولا يبالي باختلاف السبب عند حصول المقصود (ولو قبضت خمسمائة ثم وهبت الألف كلها المقبوض وغيره أو وهبت الباقي ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع واحد منهما على صاحبه بشيء عند أبي حنيفة . وقالوا : يرجع عليها بنصف ما قبضت) اعتبارا للبعض بالكل ، ولأن هبة البعض حط فيلتحق بأصل العقد . ولأبي حنيفة أن مقصود الزوج قد حصل وهو سلامة نصف الصداق بلا عوض فلا يستوجب الرجوع عند الطلاق .

من الدرهم أو الدنانير أو المكيل أو الموزون غير المعين ، بخلاف المعين منها فإنه كالعرض، وإما من العروض أو الحيوان معينتا أو في اللمة ، في الأول إن وهبت الكل أو نصفه بعد قبض الكل ثم طلقها قبل الدخول يرجع عليها بنصفه اتفاقا ، أو قبله لم يرجع بشيء خلافا لزفر ، أو بعد قبض نصفه لم يرجع بشيء خلافا لهما ، وقال : لا يرجع بنصف المقبوض كائنا ما كان من النسبة ، حتى لو كانت وهبتها أقل من النصف وقبضت الباقي يرجع عليها بنصف المقبوض ، وعنده يرجع إلى تمام نصف الصداق ، وفي الثاني لا يرجع بشيء مطلقا قبضت أو لم تقبض وأوجب زفر رجوعه بنصف قيمة العرض . وجه الاتفاقية في الأول أن المقبوض ليس نفس المهر لأنه وصفت

الألف كهبة ألف أخرى ، وإذا لم يصل إليه عين ما استوجب كان له الرجوع (وكلما إذا كان المهر مكيلا أو موزونا أو شيئا آخر في اللمة) غير الدرهم قبضته ثم وهبت ثم طلقها قبل الدخول بها يرجع عليها بنصف ذلك لعدم التضمن ولهذا لم يجب عليها رد عين ما قبضت (فإن لم تقبض الألف حتى وهبتها له ثم طلقها قبل الدخول لم يرجع أحدهما على الآخر بشيء ، وفي القياس يرجع عليها بنصف الصداق وهو قول زفر لأنه سلم له المهر بالإبراء وما سلم له بالإبراء غير ما يستحقه بالطلاق وهو براءة ذمته عما عليه من نصف المهر بالطلاق قبل الدخول فالزوج سلم له غير ما يستحقه (فلا تبرأ) المرأة (عما يستحقه) وجه الاستحسان أن ما يستحقه الزوج بالطلاق هو براءة ذمته عن نصف المهر وقد وصل إليه ذلك لكن بسبب آخر وهو الإبراء ولا يبالي باختلاف السبب عند حصول المقصود) لأنه غير مقصود بنفسه كمن يقول لآخر : لك على ألف درهم ثم هذه الجارية التي اشتريتها منك ، وقال الآخر : الجارية جاريته ولي عليك ألف درهم لزمه المال لحصول المقصود وإن كذبه في السبب وهو بيع الجارية (ولو قبضت خمسمائة ثم وهبت الألف كلها المقبوض وغيره أو وهبت الباقي ثم طلقها قبل الدخول لم يرجع واحد منهما على صاحبه بشيء عند أبي حنيفة . وقالوا : يرجع عليها بنصف ما قبضت اعتبارا للبعض بالكل) فلو قبضت الكل ثم وهبت للزوج ثم طلقها قبل الدخول يرجع عندها عليها بنصف ما قبضت فكلما إذا قبضت البعض (ولأن هبة البعض) التي لم يقبضه (حط) والحط يلتحق بأصل العقد فكانه تزويجا ابتداء على الخصمصة المقبوضة (ولأبي حنيفة أن مقصود الزوج) وهو سلامة نصف الصداق بلا عوض (قد حصل قبل الطلاق فلا يستوجب الرجوع بعد الطلاق) كمن له على آخر دين مؤجل فاستعجل قبل حلول الأجل ، وفائدة قوله بالإ

ولم يحضر عنها ما الرجوع ، ظم لم تكن متعينة في الحبة لم يكن الأمر كذلك لكن الألف التي قبضتها ليست عين ما قبل مهرها لكونه مضافا

والخط لا يلتحق بأصل العقد في النكاح ،

في النعمة بل مثل فتح به المقاصة ، فظهر أن الواصل إليه غير ما يستحقه بالطلاق : أعني نصف المهر ؛ ألا يرى أن لها أن تمسك ما أخذته منه وتعطيه غيره إذا طلقها قبل الدخول بعد القبض ، وتقرير المصنف ناظر إلى أن الواجب بالطلاق دراهم مطلقة وهذه ليست إلا معينة ، ويدل على أنها ليست عين الواجب كونها لها أن تمسكها وتدفع غيرها عند الطلاق . ووجه قول زفر في ثاني شقي الأول أن الواصل إليه وإن كان نفس الدين لكن وصل إليه بسبب غير الطلاق وهو الإبراء وهو مسبب عن الإبراء وغير مسبب عن الطلاق لما عرف من أن اختلاف الأسباب يوجب اختلاف المسببات شرعا . أصله حديث لم تصدق به على بريرة ، فبواسطة لزوم الاختلاف شرعا لم يصل إليه عين ما يستحق قصارت كالأولى . وجه الاستحسان أن المستحق بالطلاق وهو سقوط نصف الدين عنه تحقق بالإبراء ، فحين حصل الطلاق لم يؤثر شيئا لعدم مصادقة شغل النعمة بالمهر وهو محل أثره لأنه إنما يؤثر في شغل النعمة بالإسقاط ، فالأوجب شيئا آخر كما قال إنه يرجع عليها بمجمساته عين لكان ذلك غير موجه في محله وصار كمن عليه الدين المرحل إذا عجله ثم حل الأجل لا يجب شيء آخر . وإذا تأملت هذا التقرير سقط عندك ما تكلف في دفع لزوم اختلاف المسبب باختلاف السبب من تخصيص الدعوى بالإعيان لأنها تقبل التغير بتغير صفاتها ، بخلاف الأوصاف كالدين فيما نحن فيه حيث لا يقبل ذلك لاستحالة قيام الصفة بالصفة ، وهو دفع فاسد لأن ثبوت التغير شرعا لا يتوقف على ذلك إنما هو اعتبار شرعي ، وقيام الصفة بالصفة بمعنى الاختصاص الناعت ليس محالا على ما عرف في التحقيقات الكلامية . ثم يمكن حل قوله في الكتاب أنه وصل إليه عين ما يستحقه وهو براءة ذمته عن نصف المهر الخ عليه : أي عين ما يستحقه ذاتا لا من حيث هو بسبب الإبراء ، ولا يبالى باختلاف السبب عند حصول المقصود سابقا فإنه لم يؤثر شيئا حيثل . وجه قولهما في قبض النصف لإحقاق البض بالكل وهو قول الشافعي في الأحص : يعني لو قبضت الكل ثم وهبته له يرجع بنصفه ، ولا يفتي أن الملازمة تحكم ، فإن رجوعه في صورة قبض الكل ليس لكونه قبض الكل ولا البض بل لأنه لم يصل إليه عين ما يستحقه بالطلاق ، وهذا الناطق متنفذ في صورة قبض النصف بناء على أن الطلاق قبل الدخول أعاد نصف الصداق إلى قديم ملك الزوج فيظهر أن الصداق الدين بملك مشترك بينهما : يعني يثبني ذلك وإلا فحال الهبة كان كله ملكها ظاهرا ، فإذا قبضت النصف انصرف إلى حقها ككيال أو موزون بين اثنين وهو في يد أحدهما وقبض صاحبه نصفه كان المقبوض حقه ، فإذا أبرأته بعد ما قبضت النصف من الباقي أو الكل كان الواصل إليه عين ما يستحقه بالوجه المذكور في هبة الكل قبل قبضه ، فظهر أن لإحقاقها البعض بالكل بوصف طردى غير مؤثر ، وتقرير الوجه الثاني ظاهر من الكتاب . وقوله (والخط لا يلتحق بأصل العقد في النكاح) يؤيده أنها لو خطت

حوض مستظهر فيها إذا باعت من زوجها . وقوله (والخط) جواب عن قولهما ولأن هبة البعض خط . ووجه ذلك أن الخط إنما يلتحق بأصل العقد إذا كان العقد عقد مغايبة يحتاج إلى دفع الثمن عن أحد الجانبين بالزيادة أو الخط والنكاح ليس كذلك .

في النعمة ، والآلف التي قبضتها عين لها بل ، فإنه يمكن ترجيح كلام الفارح بما قبله أيضا ، ويؤيد ذلك ما ذكره في شرح قول المصنف ولما لم يكن لها دفع غيره آخر قدر ، ثم أعلم أن قوله بالهبة متعلق بقوله لم يصل (قوله ووجه ذلك أن الخط) إلى قوله : يحتاج إلى دفع الثمن من أحد الجانبين بالزيادة أو الخط والتعلق ليس كذلك الخ) أقول : فيه تأمل ، فإنه يجوز أن يكون الخط لكونه المسمى زائلا جلا من المثل ، والزيادة لكونه ناصبا عنه ، ثم ليس المقصود من هذه النكاح التجارة والاسترباح .

ألا ترى أن الزيادة فيه لا تلتحق حتى لا تنصف ، ولو كانت وهبت أقل من النصف وقبضت الباقي ، فعنده يرجع عليها إلى تمام النصف . وعندهما بنصف المقبوض (ولو كان تزويجها على عرض قبضته أو لم تقبض فوهبت له ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع عليها بشيء) وفي القياس وهو قول زفر يرجع عليها بنصف قيمته لأن الواجب فيه رد نصف عين المهر على مامر تقريره . وجه الاستحسان أن حقه عند الطلاق سلامة نصف المقبوض من جهتها وقد وصل إليه ولهذا لم يكن لما دفع شيء آخر مكانه ، بخلاف ما إذا كان المهر ديناً ،

حتى يبقى أقل من عشرة صبح ولا تستحق غيره ، وتسمية ما دون العشرة في أصل العقد لانصاح ، وقيد بالنكاح لأنه يلتحق في البيع بأصل العقد . ووجه الفرق أن البيع عقد مغايرة ومبادلة مال بمال ومراجعة فضع الحاجة إلى دفع العين فيه فاعتبر الحط لتقصده دفعه فالتحق بأصل العقد ، ولا كذلك عقد النكاح فليس كذلك الحط فيه . وقوله (ألا ترى أن الزيادة فيه لا تلتحق) بأصل العقد (حتى لا تنصف) استيضاح لعلم الالتحاق وهو مشكل ، فإن عدم التحاق الزيادة بأصل العقد هو الدافع لقول الماتنين لما لو صحت كان ملكه عوضاً عن ملكه ، فإذا لم تلتحق بقي إبطال ذلك بلا جواب ، فالحق أنها تلتحق كما يعطيه كلام غير واحد من المشايخ ، وإنما لا تنصف لأن الانتصاف خاص بالمقروض في نفس العقد حقيقة بالنص المقيّد بالعادة المتصرف إليها على مامر ، وهذه لم توجد حقيقة حالة العقد بل لحقت به ، ولأن وجه إلحاقها بالبيع وهو أنه قد يكون خاسراً أو زائداً مضرّاً بالمشتري فيرد إلى العدل يمرى في النكاح ، وخسرانه أنه ينقص عن مهر مثلها فيرد بالزيادة إليه فإن تزويجها مع نفسها عن مهر مثل أنسائها مثلاً يعقب الندم لها وزيادته تعقب الندم له . وجه قول زفر في العرض المين وهو أحد قولي الشافعي في الجليد . واختاره أكثر أصحابه أن الواجب فيه رد نصف عين المهر على مامر تقريره من أن السالم بالهبة غير ما يستحقه بالطلاق لاختلاف السبب فترتب على الطلاق مقتضاه ، ويجب قيمة نصفه لتعذر عينه ، كما لو تزوج على عبد الغير فأني سيده . ووجه الاستحسان أن الواجب بالطلاق سلامة نصف المقبوض وقد وصل عين ذلك إليه فلم يصادف الطلاق ما كان شاغلاً فتمها ليؤثر وجوب تقريرها منه عليها على نحو ما سلكت في التقرير السابق ، وحل كلام الكتاب هنا عليه سهل مما تقدم (قوله بخلاف ما إذا كان المقبوض ديناً) أي دراهم وإسوخها فإن

واستوضح المصنف بقوله (ألا ترى أن الزيادة) يعني أن الحط والزيادة سيان في الالتحاق بأصل العقد ، والزيادة في النكاح لم تلتحق بأصل العقد حتى لا تنصف الزيادة مع الأصل بالاتفاق ، فكذلك الحط (ولو كانت وهبت أقل من النصف وقبضت الباقي) مثل ما إذا تزويجها على ألف فوهبت المرأة مائتين وقبضت الباقي ، فعند أبي حنيفة يرجع عليها بثلاثمائة درهم حتى يتم النصف ، وعندهما يرجع عليها بأربع مائة درهم لأن عنده ماسم للزوج معتبر وعندهما المقبوض معتبر فكانت تزويجها على ما قبضت فيقتصر المقبوض وهو ثمانمائة (ولو كان تزويجها على عرض قبضته أو لم تقبض فوهبت له ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع عليها بشيء . وفي القياس وهو قول زفر يرجع عليها بنصف قيمته لأن الواجب فيه رد نصف عين المهر على مامر تقريره) يعني في قوله لأنه جلم له المهر بالإبراء فلا تبرا عما يستحقه (وجه الاستحسان) ما ذكره (أن حقه عند الطلاق سلامة نصف المقبوض من جهتها وقد وصل إليه) لأنه يتعين بالتعيين . وقوله (ولهذا) أي ولأن حقه عند الطلاق سلامة نصف المقبوض من جهتها (لم يكن لما أن تدفع شيئاً آخر مكانه ، بخلاف ما إذا كان المهر ديناً) وهي المسئلة الأولى حيث يرجع عليها بالنصف

(قوله وقوله ولهذا : أي ولأن حقه عند الطلاق) أقول : بل هو إشارة إلى تعيين المعلوم من سياق الكلام .

وبخلاف ما إذا باعت من زوجها لأنه وصل إليه ببدل . ولو تزوجها على حيوان أو عروض في التمة فكل ذلك الجواب لأن المقبوض متعين في الرد ،

الواصل إليه حيثئذ ليس عين ما استحقه لعدم تعيينها ، وبخلاف ما إذا باعت من زوجها العرض المذكور فإنه وإن وصل إليه عين ما استحقه لكنه يبدل والسلم يبدل بمنزلة ذلك البدل نفسه الذي كان في ملكه فكانه لم يصل إليه شيء ، ولو كان العرض أو الحيوان في التمة فكل ذلك الجواب : أي لا يرجع عليها بشيء قبضت أو لم تقبض ، أما إذا لم تقبض فتقريره تقريره ديناً ، وأما إن قبضته ثم وهبته فلأن المقبوض فيه متعين الرد بالطلاق فليس لما أن تمسكه وتدخل غيره ، بخلاف المقبوض من الدراهم ، وإنما وقعت هذه المقارنة لأن الأصل أن لا يثبت العرض في التمة للجهالة ولذا لا يثبت في المعاضات المنقضة كالشراء لكنها تحتمل في النكاح بحرى التساهل في العرض فيه لأنه غير المقصود منه ، فإذا عين بالسلم يصير كأنَّ العقد وقع على ذلك المقبوض فيجب رد عينه إذا استحق كما لو كان معيناً في الابتداء فيعطى حكمه ، ويتأق خلاف زفر في هذه أيضاً لما عرف من أصله وهو اشتراط وصوله إليه من الجهة المستحقة . وما ذكر في الغاية قال زفر في الدراهم والتأخير المعينة لا يرجع عليها بناء على أصله في تعيينها استبعدت صحته عنه لما علم من اشتراطه اتحاد الجهة إلا أن تكون روايتان فيها تعيين . وإذا قد انجر الكلام إلى شيء مما يتعلق بإمهار العرض المعين فهذه فوائده تتعلق به كلها من المبسوط فنقول : لا يثبت فيه خيار الرؤية ، فلو تزوجها على شيء بعينه ثم تراه فأنها به ليس لها رده ويثبت فيه خيار العيب فلها رده إذا كان العيب فاحشاً وهو ما ينقص عن القيمة قدرًا لا يدخل تحت تقوم المقومين بخلاف العيب اليسير . أما خيار الرؤية فلمعلم القالدة في إثباته إذا التمسك في إثباته يمكن من إعادة العرض الذي قبض به بالمسمى كالمرأة في النكاح وهذا يحصل في البيع لأنه ينفسخ بالرد ، بخلاف النكاح لا ينفسخ برد المسمى بخيار الرؤية ولتردد المرأة بل غاية ما يجب به رد المسمى فيه قيمته والقيمة أيضاً غير مرئية . وأما خيار العيب فثبوت فائدته وهي الرجوع بقيمته صحيحاً لأن السبب الموجب للتسمية هو العقد ولم يطل بالاتفاق ، فلا يجوز الحكم بإبطال التسمية مع بقاء السبب الموجب له صحيحاً ، ولكن بالرد بالعيب بتعلل تسليم المعين كما ألزم فتجب قيمته ، كالعبد المنصوب إذا أبى ، وعلى هذا الأصل إذا هلك الصداق المعين قبل التسليم لا تبطل التسمية بل يجب مثله إن كان مثلياً وإلا بقيمته وكذا لو استحق . هنا إذا كان العيب قائماً وقت العقد ، فإن تعيب في يد الزوج قبل التسليم يسيراً فليس لها غيره ، وعن زفر لها الخيار ، وأما إذا فاما بفعل الزوج فلها الخيار أن تفسد قيمته يوم تزوجها أو تعطيه وتضمن الزوج نقصان لأنه ألتف جزءاً من

لأن حقه لم يكن في نصف المقبوض لعدم التعيين ، ولهذا لو دفعت مكانه شيئاً آخر جاز (بخلاف ما إذا باعت) ببنى الصداق العرض من زوجها (لأنه وصل إليه ببدل) وهو يستحق عليها نصف المهر بلا بدل فلا يتوب عما يستحقه بالطلاق قبل الدخول فلذلك يرجع عليها بتصف المهر (ولو تزوجها على حيوان) يعني مثل الفرس والحمار ويحرمها مطلقاً (أو عروض في التمة) بأن قال على ثوب هروى بين جنسه ونوعه فإنه حيثئذ يجب الوسط مما سمى ويثبت ديناً في التمة فيشبه النقود (فكل ذلك الجواب) يعني إذا وهبته له ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع عليها بشيء قبضت أو لم تقبض (لأن المقبوض متعين في الرد) يعني أنها لو قبضته متعين عليها رده بعينه ،

(قوله فذلك يرجع عليها نصف المهر) أقول : أي بعينه .

الصداق ، ولو أثلفه ضمنه ، فإذا أثلف بعضه لزمه قدره . وعن أبي حنيفة : إذا اختارت أخذته لاتفضمنه نقصان . وأما بآفة ساوية فلها هذا الخيار غير أنها لاتفضمنه نقصان إذا اختارت أخذه . وأما بفعل الصداق نفسه ، ففي ظاهر الرواية هو كالعيب الساوي لأن فعله بنفسه هنر . وعن أبي حنيفة أنه كعيب الزوج . وأما بفعلها قصير قابضة له كله . وأما بفعل أجنبي فيجب ضمانه نقصان ويكون ضمانه بمنزلة الزيادة المتولدة قبل القبض فيثبت لها الخيار للتغيير بين أن تأخذه وتضمن الجاني نقصانه أو تضمن الزوج قيمته وهو يرجع على الجاني ، وليس لها أن تأخذ العين وتضمن الزوج النقصان لأنه لا يصح منه بذلك ، هذا كله إذا دخل بها أو مات عنها ، فإن طلقها قبل الدخول فهو في حق النصف كما في الكل لو طلقها بعد الدخول ، فلو تعيب في يدها بعد قبضها ثم طلقت قبل الدخول ، ففي الساوي إن شاعت ضمنها الزوج نصف قيمته يوم قبضه لتعريضها إياه كما قبضته ، وإن شاء أخذ النصف وليس عليها ضمان نقصان ، والتعيب بفعل الصداق كالساوي ، وكذا بفعلها لأنه صادف ملكا لها صحيحا فلا يوجب ضمان نقصان عليها ، وإذا كان بفعل أجنبي فهو ضمان وهو كالزيادة المتصلة المتولدة من العين لأنه بلك جزء من العين فيمنع تنصيف الأصل بالطلاق ، وإنما يرجع الزوج عليها بنصف قيمة الصداق يوم قبضه . وكذا إذا تعيب بفعل الزوج لأن الزوج بعد تسليمه كالأجنبي في إيجاب الأرض وذلك يمنع تنصيف الصداق بالطلاق ، فلو كان إنما تعيب في يدها بعد ما طلقها قبل الدخول كان للزوج أن يأخذ نصف الأصل مع نصف النقصان لأن السبب فسد في النصف بالطلاق وصار مستحق الرد على الزوج فكان في يدها في هذه الحالة كالمقبوض بشراء فاسد فيلزمها ضمان النقصان سواء تعيب بفعلها أو بفعله أو بأمر بهاوي لأنه مضمون عليها بالقبض والأوصاف تضمن بالقبض كالمقبوض ، وإن كان بفعل أجنبي فلا أرض كالزيادة المتصلة وقد ذكرنا حكمها . ووقع في مختصر الحاكم أبي الفضل أن التعيب في يدها قبل الطلاق وبعده في الحكم سواء . قال خمس الأئمة في المبسوط : وهو غلط ، بل الصحيح في كل فصل ما ذكرنا ، فلو كان المهر جارية فلم يقبضها حتى وطئها الزوج فجاءت بولد فادعاه الزوج لم يثبت نسيه لأن الاستيلاء في ملك المرأة غير صحيح ، إلا أن الحد يسقط عنه للشبهة لأن الصداق مضمون عليه بالعقد كالمبيع في يد البائع وعليه العقر ، وهذا العقر مع الولد زيادة متصلة متولدة من الأصل لأن المستوفى بالوطء في حكم جزء من العين والعقر بدله ، فإذا طلقها قبل الدخول تنصف الكل فيكون العقر والجارية بينهما ولا تكون الجارية أم ولد للزوج لعدم ثبوت نسب ولها منه ، ولكن يحتق نصف الولد على الزوج لأنه ملك ولده من الزنا فيحتق عليه للجزئية ، ويسعى للمرأة في تعيب قيمته ولا يصير الزوج ضمانا لأنه ما صنع في الولد شيئا إنما صنع الطلاق وذلك ليس مباشرة لإعطاء الولد بل من حكم الطلاق . عود التنصيف إلى الزوج ثم يحتق عليه حكما للملك . وإن ماتت الجارية عند المرأة أو قتلت ثم طلقها قبل الدخول فللزوج عليها نصف القيمة يوم قبضت لأنه تعلق عليها رد نصف الصداق بعد تقرر السبب الموجب له ، ولا سبيل للزوج على القاتل لأن فعله لم يلاق ملكه بل ملك المرأة فلا يضمنه شيئا . وإذا قد انجر الكلام في الزيادة في المهر فلنستوفه . وحاصله من المبسوط أن الزيادة قبل قبضه متصلة كالسمن والنجلاء يباح العين ومنفصلة

وكل ما كان المقبوض منه متعينا في الرد كان من جنس ما يتعين بالتعين ، فإن كانت الهبة بعد القبض فقد وصل إليه عين حقه لأن اختلاف السبب غير معتبر ، وإن كانت قبله فقد وصل إليه حقه وهو براءة ذمته عن نصف

وهذا لأن الجهالة تحملت في النكاح فإذا عين فيه يصير كأن التسمية وقعت عليه

متولدة من العين كالولد والثمار والعقر وغير متولدة كالكسب والغلة ، وذلك كله يسلم لها إذا دخل بها أو مات عنها لأنه يملك بملك الأصل وملك الأصل كان سالما لها ، وقد تقرر ذلك بالموت والدخول فكذلك الزيادة ، فأما إذا طلقها قبل الدخول فالزيادة المتولدة منفصلة أو متصلة تنتصف بالطلاق مع الأصل لأنها في حكم جزء من العين ، والحادثة من الزيادة بعد العقد قبل القبض كالوجود وقت العقد بدليل المبيعة فإن الزيادة المتولدة هناك كالوجود وقت العقد حتى يصير بمقابلتها شيء من الثمن عند القبض . وأما غير المتولدة كالكسب والغلة فلا تنتصف بالطلاق قبل الدخول بل الكل لها في قول أبي حنيفة ، وفي قولهما تنتصف مع الأصل ، وكذا لو جاءت القرقة من قبلها قبل الدخول حتى بطل ملكها عن جميع الصداق يسلم لها الكسب عند أبي حنيفة . وعندهما يدور الكسب مع الأصل ، وكذا المبيع قبل القبض يسلم الكسب للمشتري ، وعندهما هو للبائع . لهما أن الكسب زيادة منفصلة عن الأصل فيكون كالولد فكما لا يسلم لها إذا بطل ملكها عن الأصل فكذلك هذا ، وهذا لأن بطلان ملكها عن الأصل لا يبيح لنفسها السبب فيه ، والزيادة إنما تملك بملك الأصل متولدة كانت أو لا ، فإذا انفسخ سبب الملك في الأصل لا يبقى سبب الملك الزيادة . وحقيقة الوجه لأبي حنيفة أن سبب ملك الزيادة غير سبب ملك الأصل بل ملك الأصل يصير شرطا ، فسبب ملك الأصل مثلا قبول عقد النكاح ، وفي الزيادة الاكتساب المكتسب وهو إما احتساب العبد أو إيجارته نفسه أو قبوله الهبة ، وهذه الأسباب لا تنفسخ بالطلاق غير أن المكتسب إذا لم يكن أهلا لملك خلفه فيه مولاة بذلك السبب لوصلة الملك بينهما وقت الاكتساب ، وبطلان ملكه في الأصل لا يبين أنه لم يخلفه في الملك بذلك السبب ، وليس الكسب كالزيادة المتولدة لأن المتولد جزء من الأصل يسرى إليه ملك الأصل لا أن يكون مملوكا بسبب حادث ، ألا يرى أن ولد المكاتب يكون مكاتباً وكسبه لا يكون مكاتباً ، وولد المبيعة قبل القبض يكون مبيعا يقابله حصه من الثمن عند القبض وكسبه ليس مبيعا ولا يقابله شيء من الثمن وإن قبض مع الأصل ، ولو قبضت الأصل مع الزيادة المتولدة ثم طلقها قبل أن يدخل بها تنصف الأصل والزيادة لأن حكم التنصف بالطلاق ثبت في الكل حين كانت الزيادة قبل القبض فلا يسقط ذلك بقبضها ، ولو كانت قبضت الأصل قبل حدوث الزيادة فحدثت في يدها ثم طلقها قبل الدخول ، فلما أن تكون غير متولدة أو متولدة من العين وهي إما منفصلة أو متصلة ، فإن كانت غير متولدة كالكسب والغلة فهو سالم لها ووردت نصف الأصل على الزوج . لأن حدوث الكسب كان بعد تمام ملكها ويدها فيكون سالما لها ، وإن لزمها رد الأصل أو بعضه كالمبيع إذا اكتسب في يد المشتري ثم رد الأصل بمبيع يبق الكسب سالما له ، وهذا لقوله صلى الله عليه وسلم « انخراج بالضمان » وقد كان الصداق في ضمانها فتسلم منفعتة والكسب بدل المنفعة ، وإن كانت متولدة من العين ، فإن كانت منفصلة كالولد والثمار امتنع تنصف الأصل بالطلاق وعود الكل إليه إذا جاءت القرقة من قبلها ، وإنما للزوج في الطلاق نصف قيمة الأصل ، وفي ردّها جميع قيمته يوم دفع إليها في ظاهر المذهب ، وعلى قول زفر ينتصف الأصل مع الزيادة بالطلاق ويعود الكل إلى الزوج إذا جاءت القرقة من قبلها لأن بقبضها لا يتأكد ملكها ما لم يدخل بها ، بل توهم عود النصف إلى الزوج بالطلاق أو الكل إذا جاءت القرقة

المهر ، ولا معتبر باختلاف السبب . وقوله (وهذا لأن الجهالة) إشارة إلى شيئين إلى جواز النكاح بالحيوان والعرض بلا تعيين ، وإلى أن المقبوض متعين في الرد . وتقريره الجهالة تحملت في النكاح وكل ما تحمل في النكاح

من قبلها ثابت فيسرى ذلك الحق إلى الزيادة كالشترأة شراء فاسدا إذا قبضها المشتري وازدادت زيادة متفصلة فإن الباقي يستردّها بزيادتها . وروى ابن سماعه عن أبي يوسف تفصيلا قال في الطلاق : يرجع الزوج عليها بنصف قيمة الأصل ، وعند ردّها يستردّ منها الأصل مع الزيادة لأن الردّة تفسخ السبب من الأصل فيكون الرد يحكم انفساخ السبب بمنزلة الردّ بفساد البيع . وفيه يثبت الرد في الأصل والزيادة ، أما الطلاق فحلّ العقد وليس يفسخ له من الأصل ، فلا يثبت حتى الزوج في الزيادة التي لم تكن في ملكه ولا في يده ، ويعتبر نصف الزيادة بتعلل نصف الأصل . وجه ظاهر الرواية أنها ملكت الصداق بالعقد وتمّ ملكها فيه بالقبض فحدثت الزيادة على ملك تام لها ، والتتصيف عند الطلاق إنما يثبت في المفروض في العقد . وليست الزيادة مساة فيه ولا حكا إذا لم يرد عليها القبض المستحق بالعقد فتعلل نصفها وهي جزء من العين فيعتبر تنصيفها تغلر نصف العين . كالزيادة المتفصلة في المبيع تمنع رد الأصل بالبيع إذا كانت حادثة بعد القبض . وهذا بخلاف الزيادة المتفصلة في الموهوب فإنها لا تمنع الواهب من الرجوع في الأصل لأن الهبة عقد تبرع ، فإذا رجع في الأصل بقيت الزيادة للموهوب له بغير عوض . وقد كان الأصل سالما له بغير عوض فيجوز أن تسلم الزيادة أيضا بغير عوض . فأما البيع والنكاح فعواضة ، فبعد تغلر رد الزيادة لو أثبتنا الرد في الأصل بقيت الزيادة سالمة بلا عوض وهي جزء من الأصل ، ولا يجوز أن يسلم الملك بلا عوض بعد رفع عقد المعاوضة ، وإذا تغلر تنصف الأصل وجب عليها نصف قيمته للزوج لتغلر رد العين بعد تقرر سبب وجوبه . ولما كان الصداق إنما دخل في ضمانها بالقبض كان المعتبر القيمة وقت القبض ، وإن كانت متصلة كالسمن والجمال والجلال والياض فطلقها قبل الدخول فتعدّ أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله . هذا والزيادة المتفصلة سواء إنما للزوج عليها نصف قيمة الصداق يوم قبضه ، وعند محمد وزفر : يتنصف الأصل بزيادته لأن النكاح عقد معاوضة ، والزيادة المتصلة لا عبرة بها في عقود المعاوضات ، كما لو اشترى جارية بعبد وقبضها فازدادت متصلة ثم هلك العبد قبل التسليم أو رده المشتري بعبد فإنه يسترد الجارية بزيادتها ، بخلاف ما لو كانت الزيادة متفصلة ، وهذا لأن المتصلة كزيادة السعر ، ألا ترى أنها لو حدثت قبل القبض لا ينقسم الثمن باعتبارها لزيادة السعر فكلها في الصداق ، بخلاف الموهوبة فإن الزيادة المتصلة فيها تمنع الرجوع لأن الهبة ليست بعقد ضمان ، فالقبض يحكمه لما لم يوجب ضمان العين على الموهوب له لم يثبت الواهب حتى في العين حتى يسرى إلى الزيادة ، وإذا تغلر الرجوع في الزيادة تغلر في الأصل لأنه لا يتفصل عنها . بخلاف قبضها الصداق فإنه قبض ضمان حتى الزوج فثبت به بقاء حتى الزوج في الأصل فيسرى إلى الزيادة كالبيع . ولها أن هذه الزيادة حدثت في ملك صحيح لما تكون سالمة لما بكل حال كالمفصلة ، وإذا تغلر تنصف الزيادة تغلر تنصف الأصل لما قال محمد ، والدليل عليه أن الصداق في حكم الصلة من وجه لأنها تملكه لا عوضا عن مال ، والمتصلة في الصلات تمنع رد الأصل كالموهوب ، وتأثير المتصلة

لا ينافي النكاح فالجهاالة لاتنافي النكاح ، فإذا شرط ذلك في العقد صبح ، ولا بد من تعيين ليتحقق الإيفاء عند الحاجة إليه ، فإذا عين بالقبض صار كأن التسمية وقعت عليه ، ولو كان كذلك كان متينا كذلك إذا عين بالقبض . وفائدة الأولى صحة العقد وإن كان المسمى مجهولا ومنع وجوب مهر المثل . وفائدة الثانية عدم رجوع الزوج عليها بشئ إن وجهته له وعدم ولاية الاستبدال إن لم تهب وطلقها قبل الدخول بها بخلاف الدوام والدناير .

(وإذا تزوجها على ألف على أن لا يخرجها من البلدة أو على أن لا يزوجه عليها أخرى ، فإن وفى بالشرط فلها المسمى) لأنه صلح مهرها وقد تم رضاها به (وإن تزوج عليها أخرى أو أخرجها فلها مهر مثلها) لأنه متى ما لها فيه نفع ، فعند فواته يتعدم رضاها بالألف فيكفل مهر مثلها كما في تسمية الكرامة والمداية مع الألف (ولو تزوجها على ألف إن أقام بها وعلى ألفين إن أخرجها ، فإن أقام بها فلها الألف ، وإن أخرجها فلها مهر المثل لا يزداد على ألفين ولا ينقص عن الألف ، وهذا عند أبي حنيفة ، وقالوا : الشرطان جميعا جائزان) حتى كان لها الألف.

في الصلوات أكثر من المنفصلة حتى أن المنفصلة في الهبة لا تمنع الرجوع والمتصلة تمنع ، ثم الزيادة المنفصلة هنا تمنع تنصف الأصل فالمتصلة أولى أن تمنع . فأما البيع فالصحيح أن عند أبي حنيفة وأبي يوسف أن المتصلة تمنع فسخ العقد من الأصل كالمنفصلة ، وما ذكر في المأذون فهو قول محمد ، وقد نص في كتاب البيوع على أن الزيادة المتصلة تمنع الفسخ بالتخالف عند أبي حنيفة وأبي يوسف كالمنفصلة ، وأما إذا كان حدوث الزيادة في يدها بعد مابطلها قبل الدخول فإنه ينتصف الأصل منع الزيادة لأن بالطلاق صار رد الأصل مستحقا عليها فيسرى ذلك إلى الزيادة كالشترأة شراء فاسدا ترد بالزيادة المتصلة والمنفصلة ، بخلاف ما قبل الطلاق (قوله وإذا تزوجها بالخ) المسئلة صورتان : الأولى أن يسمى لها مهرًا ويشرط لها معه ما لها فيه نفع كأن لا يخرجها من البلد أو لا يزوجه عليها أو لا يتسرى أو يطلق غيرها . والثانية أن يسمى لها مهرًا على تقدير وآخر على تقدير آخر ، أما الأولى فتحكمها ظاهر في الكتاب وهو أنه إن وفى لها فليس لها إلا المسمى وإلا فلها مهر مثلها ، فإن كان مهر مثلها قدر المسمى أو أقل لاستحقق شيئا آخر . وقال زفر : إن كان ما ضم إلى المسمى مالا كالمدينة ونحوها يكللها مهر المثل عند فواته وإلا فليس لها إلا الألف . لأن المال يتقوم بالإتلاف ، فكذلك يمنع التسليم إذا شرط لها في العقد بخلاف طلاق الضرة ونحوه لا يتقوم فلا يلزم . وقال الإمام أحمد : إذا فأت ثبث لها الخيار في الفسخ لأنها لم تزوجه إلا على ملك المرفوب فيه فصار كما إذا باع عبدا على أنه خباز أو كاتب وهو بخلافه ، ولقوله صلى الله عليه وسلم وأحق الشروط أن توفوا به ما استحلتم به الفروج . وجواب زفر أن إيجاب التسليم ليس للثقوم في المضموم بل لعدم رضاها بالألف إلا به فبانتفائه ظهر عدم رضاها بالمسمى فكان كعدم التسمية وفيه مهر المثل . وجواب الثاني أن ذلك في الشرط الصحيح وليس هذا منه لقوله صلى الله عليه وسلم « المسلمون عند شروطهم إلا شرطا

قال (وإذا تزوجها على ألف على أن لا يخرجها من البلدة) قد تقدم أن النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة فإذا تزوج امرأة على ألف على أن لا يخرجها من البلدة (أو على أن لا يزوجه عليها) أو على أن يطلق فلاته النكاح صحيح وإن كان شرط عدم الزوج وعدم المسافرة وطلاق الضرة فاسدا لأن فيه المنع عن الأمر المشروع (وإن وفى بالشرط فلها المسمى) لأنه متى ما صلح مهرها وقد تم رضاها به (وإن لم يوف به فلها مهر مثلها ، وصورة المسئلة فيها إذا كان مهر المثل أكثر من الألف (لأنه متى ما لها فيه نفع) حتى رضيت بتنقيص المسمى عن مهر المثل (فعند فواته يتعدم رضاها بالألف فيكفل مهر مثلها كما في تسمية الكرامة) بأن شرط مع الألف أن يكرمها ولا يكللها الأعمال الشاقة وما تنع به ، وكما لو مسمى المدينة مع الألف بأن يرسل إليها مع الألف الثياب الفاخرة (ولو تزوجها على ألف إن أقام بها وعلى ألفين إن أخرجها) صورة المسئلة ظاهرة . ووجه قول زفر أنه ذكر بمقابله شيء واحد

(قوله لأنه متى ما لها فيه نفع) أقول : علما لطيل لقوله فلها مهر مثلها .

إن أقام بها والألفان إن أخرجهما . وقال زفر : الشرطان جميعا فاسدان ، ويكون لها مهر مثلها لا ينقص من ألف ولا يزداد على ألفين وأصل المسألة في الإجازات في قوله : إن خطته اليوم فلك درهم ، وإن خطته غدا فلك نصف درهم ، وسنينا فيه إن شاء الله

أصل حراما أو حرم حلالا . وهذه الشروط تمنع الزوج والتسرى لو وجب الجرى على موجبها فكانت باطلة فلا يؤثر علمها في خيار القسغ ، بل إن وفي تحت التسمية لرضاها بها وإلا لاثم لعلم الرضا ، وضاد العقد ليس لازما لعدم تمام التسمية ولا لعلمها رأسا إذ ليس ذكرها من الأركان ولا الشروط ، بخلاف البيع . فإن قيل : ما استدلت به لا يمس محل النزاع لأن مقتضى الشرط المذكور أن لا يتزوج مادامت تحت مختارا لعدم دخول خيار القسغ في يديها وأين علم الزوج مختارا لأمر من تحريره شرعا ؟ فاجابوا أن الشرط المحرم للحلال بعد ما حكم بكونه باطلا لا يتصور إلا على إرادة كونه شرط ترك الحلال أو فعل المحرام ، إذ لو أحل حقيقة بأن ثبت به حكم الحل شرعا لم يكن باطلا ، وإذا عارضه وجب حمل الأحقية المذكورة فيما روى على ما من الحق في نفسه وهو المراد به ضد الباطل وهو أهم من الوجوب صادق عليه وعلى الجائر والمنسوب لا ما ينص الواجب عينا . بقى أن يقال : إذا ظهر علم رضاها بالألف لم يلزم كونه نكاحا بلا تسمية ولا نظيره لقطع بأنها ليست مفوضة ، بل إنما رخصت بتسمية صحيحة معينة ، وقد قالوا : إذا مسمى البكر عند استئثارها مهرها فسكت لا يكون رضاها حتى يكون المهر والمرأ ولا يصح النكاح بمهر المثل ولا به فكيف وهى مصرفة بنفسه ، وكون مهر مثلها أصلا لا يستلزم صحة النكاح به مالم تكن مفوضة أو تصرح بالرضا به . وإلا فقد لإتراضى بمهر المثل تسمية فلا يفسد النكاح عليها به فيجب أن تختار ، كما إذا زوجت نفسها من غير كف فإنه يتعدى ثم يثبت للزنى خيار القسغ ، وأما ما ذكر من محل لفظ أحق في الحديث على ما ذكر فلا موجب لأن ذلك الموجب وهو تحريم الحلال متلف لأنه لا يحرم التسرى بهذا الشرط بل هو امتنع منه بالتزامه مختارا لأحب الأمرين إليه وهو صحة الزوجة ، ولهذا لو تسرى لا نقول فقل عموما وهو أدنى من امتناعه عن بعض المباحات بخلافه لا يفعله . وأما الثانية فكان يتزوجها على ألف بأن أقام بها أو على أن لا يتسرى أو على أن يطلق ضربها أو إن كانت مولاة أو إن كانت أعجمية أو نيبا على ألفين إن كان أصدادها فإن وفي بالأول أو كانت أعجمية ونحوه فلها الألف وإلا فهو المثل لا يزداد على ألفين ولا ينقص عن ألف عند أبي حنيفة ، وكذا إن قدم شرط ألفين يصح المذكور عنده حتى لو طلقها قبل الدخول يجب لها نصف المسمى أولا بناء على أنه لا يضر فيها وكذا في المسئلة الأولى لأن بالطلاق قبل الدخول يسقط اعتبار هذا الشرط ، وقال : الشرطان جازان فلها الألف إن أقام بها والألفان إن أخرجهما . وقال زفر : الشرطان فاسدان فلها مهر مثلها لا ينقص

وهو البضع يبدلين مختلفين على سبيل البذل وهما الألف والألفان ففسد التسمية للجهالة ويجب مهر المثل . ولما أن ذكر كل واحد من الشرطين مفيد فيصحان جميعا . ولأبي حنيفة أن الشرط الأول قد صح لعلم الجهالة فيه . فيتعلق العقد به ، ثم لم يصح الشرط الثاني لأن الجهالة نشأت منه ولم يفسد النكاح ، وطولب بالفرق بين هذه المسئلة وبين ما إذا تزوجها على ألفين إن كانت جملة وعلى ألف إن كانت قبضة حيث يصح فيها الشرطان جميعا بالاتفاق والمسئلة في فتاوى الوالوالى وغيره . وأجيب بأن في الأولى وجدت الخطأ في التسمية الثانية لأنها لا تنوى أن الزوج يفرجها أولا ، وفي المسئلة الثانية لا خطأ لأن المرأة إما جملة في نفس الأمر وإما قبضة غير أن الزوج لا يعرفها

عن الألف ولا يزداد على الألفين . وجه قول أبي حنيفة إنه لا خطر في التسمية الأولى بل هي منجزة بخلاف الثانية فهي معلقة ، فإذا وجد شرطها بأن أخرجهما مثلا ثبت لما ذكره المسمى ، وقد كان ذلك المسمى الأول ثابتا لأن المنجز لا يعدم وجود المعلق فحين وجد المعلق بوجود شرطه اجتمع تسميتان فيجب مهر المثل للجهالة . ووجه قولهما أنهما معلقان فلا يوجد في كل تقدير سوى مسمى واحد . ووجه قول زفر إنه لا تعليق أصلا بل هما منجزان . لأن ما يضم مع المال إنما يذكر للترغيب لا للشرط فاجمعهما ففسدا للجهالة ، وأصلها في الإجازات وسرّداد هناك وضوحا إن شاء الله تعالى . واعلم أنه نقل عن الديوبسي : لو تزوجها على ألف إن كانت قبيحة وألفين إن كانت جميلة يصحان بالاتفاق لأنه لا خطر في التسمية الثانية لأن أحد الوصفين ثابت في نفس الأمر جزما ، غير أن الزوج ينهله وجهاته لا توجد خطرا بالنسبة إلى الوقوع وعلمه . واستشكل بأن مقتضاه ثبوت صحتهما اتفاقا فيها إذا تزوجها بألف إن كانت مولاة أو ليست له امرأة وبألفين إن كانت حرة الأصل أو له امرأة أخرى لكن الخلاف منقول فيهما ، والأولى أن يجعل مسألة القبيحة والجميلة على الخلاف ، فقد نص في نواحر ابن مائة عن محمد على الخلاف فيهما . واعلم أنه لو كان تزوجها على ألف وعلى طلاق فلاته تطلق بمجرد تمام العقد ، بخلاف ما تقدم من كذا وأن يطلق فلاته فإنه ملزم يطلقها لم تطلق . وفي المبسوط : لو تزوجها على ألف وعلى أن يطلق امرأته فلاته وعلى أن ترد عليه عبدا فقد بذلت البضع والعبد والزواج بدل الألف وشرط الطلاق فيقسم الألف على مهر مثلها وعلى قيمة العبد ، فإن كانا سواء كان نصف الألف ثلثا للعبد ونصفها صدقا لها ، وإذا طلقها قبل أن يدخل بها فلها نصف ذلك ، وإن دخل بها نظر ، إن كان مهر مثلها خمسمائة أو أقل فليس لها إلا ذلك ، وإن كان أكثر فإن وفي بالشرط فطلق فليس لها إلا الخمسمائة ، وإن أبي أن يطلق لم يجبر عليه لأنه شرط الطلاق وإيقاع الطلاق لا يصح الزمardi النمة فلا يلزمه بالشرط شيء ولها كمال مهر مثلها ، ولو كان تزوجها على ألف وطلاق فلاته على أن ترد عليه عبدا وقع الطلاق بنفس العقد والزواج بذل شيئين الألف والطلاق والمرأة البضع والعبد ، والشيطان متى قبل بشيئين يتقسم كل واحد منهما على الآخر ، فإن كان مهر المثل وقيمة العبد سواء كان نصف الألف ونصف الطلاق صدقا لها ، فإذا طلقها قبل النحول كان لها مائتان وخمسون ، والطلاق الواقع على الضرر بائن لأن بمقابلته نصف العبد ونصف البضع وإن لم يكن الموضع مشروطا على الطلقة ؛ وإنما جعلنا نصف العبد ونصف البضع بمقابلة الطلاق لأن المجهول إذا ضم إلى المعلوم فالانقسام باعتبار الذات دون القيمة . ولو استحق العبد أو هلك قبل التسليم رجع بمحمالة حصة العبد ويتصرف قيمة العبد أيضا لأن نصف العبد بمقابلة نصف الطلاق ، واستحقاق العبد أو هلاكه قبل التسليم يوجب قيمته على من كان ملزما تسليمه فلهم رجع بقيمة ذلك النصف . وهاهنا المسئلة التي تجاذبها بابا الشقة والنكاح وهي ما إذا تزوجها على دار على أن ترد عليه ألفا تقسم النار على مهر مثلها وعلى الألف ، حتى لو استويا فالنصف مهر والنصف مبيع ، وإن تفاوتتا تفاوتتا وهذا بالاتفاق ، ثم هل تثبت الشقة لجار هذه النار فيها مثلا ؟ عند أبي حنيفة لا ، وعندهما نعم اعتبارا لبعض المبيع بالكل ، وهو يقول ما ثبت في ضمن شيء يعطى له حكم المتضمن لاحكم نفسه ، والبعض ههنا في ضمن

وجعله بصفته لا يوجب المخاطرة فيصح الشرطان جميعا ، والمصنف لم يذكر وجوه الأقوال وأحاطها على باب الإجارة على أحد الشرطين ، ولم يذكر هناك هذه المسئلة وإنما ذكر مسألة الحياطة على ما سيجيء . إن شاء الله تعالى

(ولو تزوجها على هذا العبد أو على هذا العبد فإذا أحدهما أوكس والآخر أرفع ، فإن كان مهر مثلها أقل من أوكسها فلها الأوكس ، وإن كان أكثر من أرفعها فلها الأرفع ، وإن كان بينهما فلها مهر مثلها ، وهذا عند أبي حنيفة ، وقالوا : لها الأوكس في ذلك كله (فإن طلقها قبل الدخول بها فلها نصف الأوكس في ذلك كله بالإجماع)

النكاح إذ العقد بلفظ النكاح فحكمه حكمه ، ولا شفعة في الدار التي يتزوج عليها فكذا في هذه ، ولو اعتبر البيع أصلا فسد لأنه نكاح في ضمن بيع فيفسد البيع لأنه يفسد بالشروط الفاسدة وقبول النكاح صار شرطا فيه . وفي فتاوى الخاص من علامة النون : رجل تزوج امرأة ولم يسم لها مهرا على أن تلغ إليه هذا العبد فإنه يقسم مهر مثلها على قيمة العبد ومهر مثلها لأنها بذلت البضع والعبد يلزاه مهر المثل والبذل يتقسم على قيمة المبدل فما أصاب قيمة العبد فالبيع فيه باطل لأنها باعت به شيء مجهول ويصير الباقي مهرا لها . وذكر في علامة الواو قال لامرأة أتزوجك على أن تعطيني عينك هذا فأجابته بالنكاح جاز بمهر المثل ولا شيء من العبد ، أما أنه لا شيء له من العبد فلأن هذا شرط فاسد ، وأما جواز النكاح فلا لأنه لا يطل بالشروط الفاسدة اهـ . وهذا اختلاف في القدر الذي يجب لها إذ مقتضى هذا أنه تمام مهر المثل بخلاف الأول (قوله ولو تزوجها على هذا العبد أو على هذا العبد) أو على هذه الألف أو هذا العبد أو على ألف أو ألفين (فإن كان مهر مثلها أقل من أوكسها) أو مثله (فلها الأوكس) إلا أن يرضى الزوج بضع الأرفع فهو لها إلا أن ترضى بالأوكس (وإن كان أكثر من أرفعها) أو مثله (فلها الأرفع) إلا أن ترضى بالأوكس (وإن كان مهر مثلها بينهما) أي فوق الأوكس ودون الأرفع (فلها مهر مثلها ، وهذا عند أبي حنيفة وقالوا : لها الأوكس في ذلك كله ، فإن طلقها قبل الدخول فلها نصف الأوكس في ذلك كله بالإجماع) فلو كان قيمة العبدين سواء صححت التسمية اتفاقا ، وكثير على أن منشأ هذا الخلاف الخلاف في الواجب الأصل في النكاح ، فعنده مهر المثل لأنه أصل إذ هو قيمة البضع لأنه مقوم بحالة الدخول ، بخلاف المسمى فإنه قد يزيد على قيمته وقد ينقص فلا يعدل إليه إلا عند صحة التسمية وقد فسدت للجهالة بإدخال كلمة أو . وعندهما الواجب الأصل المسمى فلا يعدل عنه إلى مهر المثل إلا إذا فسدت من كل وجه ، وهو متفق إذ يمكن لإيجاب الأوكس لأنه متيقن قياسا على ما لو خالها على هذا العبد أو هذا أو أعتقه على هذا العبد أو هذا فإنه يجب الأوكس فيها اتفاقا ، وهذا إن كان متقولا عنهم فلا كلام فيه ، وإن كان نحريرا فليس بالآزم لجواز أن يتفقوا على أن الأصل مهر المثل ، ثم يختلفوا في فساد التسمية في هذه المسئلة ، فعنده

(ولو تزوجها على هذا العبد أو على هذا العبد) أصل هذا أن الضمان الأصل عند أبي حنيفة مهر المثل ، وإنما يصار إلى التسمية إذا صححت من كل وجه ولم تصح للجهالة . وعندهما الضمان الأصل هو المسمى ، وإنما يصار إلى مهر المثل إذا فسدت من كل وجه ، وهما ليس كذلك لإمكان العمل بالأوكس لكونه متيقنا كما في الخلع والإعتاق على مال على هذا الوجه فإن الأوكس في ذلك متعين ، وما في الكتاب واضح وإنما قال في مهر المثل (إذ هو الأصل) لأنه لا يقبل الزيادة والنقصان لأنه قيمة منافع البضع وقيمة الشيء لا تقبل الزيادة والنقصان ،

(قال المسنف : ولو تزوجها على هذا العبد أو على هذا العبد) أقول : قال الأئمة : وعلى هذا الخلاف لو تزوجها على هذا العبد أو على هذا الألف ، وكذا لو تزوجها على ألف أو على ألفين ، ومنشأ الخلاف أن البذل الأصل هو مهر المثل عنه ، وإنما يعدل عنه عند صحة التسمية . وعندهما المسمى هو الأصل ، ولا يصار إلى مهر المثل إلا إذا فسدت التسمية من كل وجه ولم يكن لإيجاب المسمى اهـ . وسيصرح المسنف في بيان اختلاف الزوجين في المهر حيث نقل دليل أبي حنيفة وعنده أن مهر المثل هو الموجب الأصل فباب النكاح

لها أن المصير إلى مهر المثل لتعذر إيجاب المسمى ، وقد أمكن إيجاب الأوكس إذا الأقل متيقن فصار كالخلع والإعتاق على مال . ولأني حقيقة أن الموجب الأصل مهر المثل إذ هو الأعدل ، والعدل عنه عند صحة التسمية وقد فسدت لمكان الجهالة بخلاف الخلع والإعتاق على مال لأنه لا موجب له في البذل ، إلا أن مهر المثل إذا كان أكثر من الأرفع فالمرأة رضية بالخط ، وإن كان أنقص من الأوكس فالزوج رضى بالزيادة ، والواجب بالطلاق قبل الدخول في مثله التمتع ونصف الأوكس يزيد عليها في العادة فوجب لأعرافه بالزيادة (وإذا تزوجها على حيوان غير موصوف صحت التسمية ولها الوصف منه، والزواج بخير إن شاء أعطاهما ذلك وإن شاء أعطاهما قيمته)

فسدت لإدخال أو فضير إلى مهر المثل ، وعندهما لم تفسد لأن المتردد بينهما لما تفاوتتا ورضيت هي بأيهما كان فقد رضية بالأوكس فتعين دون الأرفع إذ لا يمكن تعيينه عليه مع رضاها بالأوكس . وإذا تعين مالها لم يصير إلى مهر المثل لأن المصير إليه حكم عقد لا تسمية فيه صحيحة ، وصار كالخلع على ألف أو ألفين والإعتاق بأن قال أحفظك على هذا العبد أو هذا وقبل فإنه يجب الأوكس فيهما . وهو يفرق بأن تعين الأوكس في هاتين ضرورة أن لا موجب فيهما في حق البذل ، وإنما يجب فيهما بالتسمية وأن لا يلغو كلامهما بالكلية ، ولا ضرورة هنا لأن للكناح موجبا أصليا ، فإذا لم يتعين أحد ما رد فيه لا يلزم الإلقاء إذ يمان بتصبحه بمهر المثل ، وهذا بخلاف ما لو غيرها بأن قال على أنها بالخيار تأخذ أيهما شأنت أو على أني بالخيار أعطيك أيهما شئت فإنه يصح كذلك اتفاقا لانتهاء المنازعة أما ما نحن فيه فلا لأنها لو أودت أخذ الأرفع فامتنع فتمتعت المنازعة إذ ليس الرجوع إلى قول أحدهما بأولى من الآخر ، بخلاف التخيير إذ من له الخيار يستبد بالخيارين وصار كبيع أحد العبدتين لا يجوز ، ولو سمى لكل ثمننا وجعل خيار التمين لأحدهما جاز ، وبخلاف ما لو أقر له بألف أو ألفين حيث يتعين له الألف لأنه لم يوقع ذلك في إنشاء معاوضة ، بل ذكر أن ذمته مشغولة بأحد المالين وأصل براءة اللمة وهو في شك في اشتغالها بالألفين لم يجزم بهما فلا يلزم منه ، بخلاف الألف فإنه لم يشك فيها ، ولو تزوجها على ألف حالة أو موقعة إلى سنة ومهر مثلها ألف أو أكثر فلها الحالة والألا فالموقعة وعندهما لها الموقعة لأنها أقل ولو على ألف حالة أو ألفين إلى سنة ومهر مثلها كالأكثر فالخيار لها ، وإن كان كالأقل فله : وإن كان بينهما يجب مهر المثل ، وعندهما الخيار له لوجوب الأقل عليه (قوله والواجب في الطلاق قبل الدخول الخ) وعلى هذا لو كانت التمتع الثالثة على نصف الأوكس لحكم صريح به في الرواية فالحكم في الطلاق قبل الدخول في التخييق ليس إلا متعة مثلها (قوله وإذا تزوجها على حيوان غير موصوف الخ) المهر كما يكون من التقود يكون من المروض والحيوان ، فإذا

بخلاف التسمية لأنها تقبلهما . وقوله (إلا مهر المثل) جواب عما يقال إذا كان مهر المثل هو الأعدل كان المصير إليه واجبا في الأحوال الثلاث . ووجهه أنه كذلك إلا أن مهر المثل (إذا كان أكثر من الأربع فالمرأة رضية بالخط وإن كان أنقص من الأوكس فالزوج رضى بالزيادة) فعملنا برضاها . وقوله (والواجب بالطلاق قبل الدخول) جواب عما يقال إذا كان كذلك كان الواجب أن يجب نصف الأرفع فيما يجب فيه الأرفع مهرا لأن الواجب في الطلاق قبل الدخول نصف المسمى . ووجهه أن الواجب في الطلاق قبل الدخول في مثله وهو ما تكون التسمية فيه فاسدة التمتع (ونصف الأوكس يزيد عليها عادة فوجب لأعرافه بالزيادة) قال (وإذا تزوجها على حيوان غير موصوف)

(قوله لأن الواجب في الطلاق قبل الدخول نصف المسمى) أقول : نه أن التسمية فاسدة - فكيف يجب نصف المسمى ؟

قال رحمه الله : معنى هذه المسئلة أن يسمى جنس الحيوان دون الوصف ، بأن يتزوجها على فرس أو حمار . أما إذا لم يسم الجنس بأن يتزوجها على دابة لا يجوز التسمية ويجب مهر المثل .

كان عرضاً أو حيواناً فلما معين كهذا العبد أو القرس أو الدار فيثبت الملك بمجرد القبول فيه لها إن كان مملوكاً له ، وكلما لو لم يكن مشاراً إليه إلا أنه أضافه إلى نفسه كعبدى وإلا قلها أن تأخذ بشرائه لها ، فإن عجز عن شرائه لزمه قيمته . ولو استحق نصف الدار خیرت في النصف الباقي في يدها ، إن شاعت ردته بالعيب القاضى وهو التشقيص في الأملاك المجتمعة ورجعت بقيمة الدار ، وإن شاعت أمسكت ورجعت بقيمة نصفها ، ولو طلقها قبل الدخول كان لها النصف الذى في يدها خاصة ، ولو ولدت الأمة عنده ثم مات الولد فليس على الزوج ضمانه ولا يكون خاله أعلى من حال ولد المصنوبة ولكن لها الأمة إن دخل بها . ولا خيار لها إن كان نقصان الولادة يسيراً ، وإن كان قاضياً فلها إن شاعت أخلت البخارية ولا يضمن الزوج شيئاً ، وإن شاعت أخلت قيمتها يوم تزوجها عليها لأن نقصان الولادة كالعيب السهاوى وقد كان الولد جابراً للملك النقصان ، فإذا مات الولد ظهر النقصان لانعدام ما يجيره ، وقد بينا ثبوت الخيار لها في العيب السهاوى بهذه الصفة ، ولو كان الزوج قتله ضمن قيمته لأنه أتلف أمانة في يده ، فإن كان في قيمته وفاء بنقصان الولادة لم يضمن نقصانها وإن لم يكن أجاب في كافى الحاكم بأن عليه تمام ذلك . قال شمس الأئمة : وهو غلط : فقد بين في الابتداء أن الزوج لا يضمن نقصان الولادة عند موت الولد فكلما لا يضمن مازاد على قيمته من قدر النقصان ، ولكن إن كان يسيراً فلا خيار لها ، وإن كان قاضياً فلها الخيار كما قلنا ، ولا إشكال في الثوب المعين في ثبوت الصفة ، غير أنه إذا زاد فقال هذا الثوب الهروى ولم يكن هروياً فليس لها غيره ، وعلى قول أبى يوسف لها قيمة ثوب هروى وسط ، وعلى قول زفر لها الخيار بين أن تأخذ أو تطلب قيمة الهروى الوسط لأنها وجدت على خلاف شرطها ، ولكنها تقول المشار إليه من جنس المسعى فيصلى العقد بالمشار إليه ، وسنقره إن شاء الله تعالى . وإما غير معين فلا يخلو إما أن يكون مكياً أو موزوناً أو غيرهما ، ففي غيرهما إن لم يعين الجنس بأن قال حيوان ثوب دار لم يصح ويجب مهر المثل بالغاً ما بلغ لأن بهالة الجنس لا يعرف الوسط لأنه إنما يتحقق في الأفراد المماثلة وذلك بالجماد النوع ، بخلاف الحيوان الذى تحته القرس والحمار وغيرهما والثوب الذى تحته القطن والكتان والحريز واختلاف الصنعة أيضاً والدار التى تحتها ما يختلف اختلافاً قاضياً بالبلدان والأقاليم والضيقة والسعة وكثرة المرافق وقلتها فتكون هذه البهالة أفحش من بهالة مهر المثل فهو المثل أولى . وإن عينه بأن قال عبد أمة فرس حمار بيت صحت التسمية وإن لم يصفه وينصرف إلى بيت وسط من ذلك ، وكلما باقياً وهذا في عرفهم ، أما البيت في عرفنا فليس خاصاً بما يبات فيه بل يقال لجموع المنازل والدار فينبغى أن يجب بتسميته مهر المثل كالدار ، ويجوز على قبول قيمته لو أتاها بها ، وبقولنا قال مالك وأحمد خلافاً للشافعى . له أن عقد النكاح معاوضة فلا تصح التسمية مع بهالة العرض كالبيع . ولنا أنه معاوضة مال بما ليس بمال والحيوان يثبت في ذلك بالأمة أصله لإيجاب الشرع مائة من الإبل في الدية وفي الختان غرة عبد أو أمة ،

صورة المسئلة أن يقول تزوجتك على حمار أو فرس . قال المصنف (معنى هذه المسئلة أن يسمى جنس الحيوان دون الوصف) يريد أنه لم يقل جيداً أو وسطاً أو رديئاً إلى غير ذلك من أوصافه . ورد بأن القرس والحمار نوع لا جنس . وأجيب بأنه يجوز أن يكون مراده من الجنس اسم الجنس وهو ما علق على شيء وعلى كل ما أشبهه ، ويرد عليه قوله أما إذا لم يسم الجنس بأن تزوج على دابة لا يجوز التسمية ويجب مهر المثل لفظه اسم

وقال الشافعي : يجب مهر المثل في الوجهين جميعا ، لأن عنده ما يصلح ثمتا في البيع لا يصلح مسمى في النكاح إذ كل واحد منهما معاوضة . ولنا أنه معاوضة مال بغير مال فجعلناه التزام المال ابتداء حتى لا يفسد بأصل الجهالة كالدية والأقارير ، وشرطنا أن يكون المسمى مالا وسطه معلوم رعاية للجانبين ، وذلك عند إعلام الجنس لأنه يشتمل على الجيد والردىء والوسط فوُحِظَ منهما ، بخلاف جهالة الجنس لأنه لا وسط له لاختلاف معاني الأجناس ، وبخلاف البيع لأن مبناه على المضابطة والمماثلة ،

في التهمة وليس فيها معلوم إلا الوسط من الأستان الخاصة . وسر هذا الشرع عدم جريان المشاحة في ذلك حيث لم يقابلها مال فلا يفنى جهالة الوصف فيه إلى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم ، ألا يرى أن الشرع أوجب مهر المثل مع جهالة وصفه وقدره في بعض الصور بأن لم يكن من أقاربها من تزوج وعلم لها مهر فإنه يحتاج إلى تقويم وتحمين ، بل جهالة مهر المثل فوق جهالة العبد لأن جهالته في الصفة وجهالة المثل جهالة جنس فتصحح التسمية أولى (قوله وشرطنا أن يكون الخ) جواب سؤال تقديره لما شابه النكاح حينئذ الإقرار في كونه التزام مال ابتداء ينبغي أن يصح تسمية حيوان كما يصح الإقرار بشيء ويلزمه البيان من غير توقف على كون المقر به مالا له وسط وطرفان فقال : شرطنا ذلك رعاية لجانبى المرأة والزوج ، إذ جهة كونه معاوضة توجب اشتراط نفي الجهالة أصلا ، لكن لما لم يكن المال من الجانبين تحملت فيه الجهالة السيرة مع أنه المورد الشرعى : أعنى إيجاب الشرع للوسط في حيوان الزكاة رعاية لجانبى الفقراء وأرباب الأموال ، وكلما ماذكرناه من الدية والغرة ، ولا يتعدى إلا حكم الأصل ، ولو أنقسط قوله فجعلناه التزام المال ابتداء واكتفى بالإلحاق بالدية والغرة ومهر

جنس بالتعريف المذكور وهو ما علق على شيء وعلى كل ما أشبهه ولم تصح به التسمية . والحق أن يقال : أراد بالجنس ما هو مصطلح الفقهاء وهو النوع باصطلاح غيرهم . قوله (وقال الشافعي : يجب مهر المثل) واضح . وقوله (ولنا أنه معاوضة مال بغير مال) معناه أن في النكاح معنى التزام المال ابتداء ومعنى المعاوضة ، أما معنى المعاوضة فظاهر ، وأما معنى التزام المال ابتداء : يفنى بغير عوض فلائنه معاوضة مال بغير مال وكان كالدية والأقارير حيث يلزم فيها أيضا مال من غير أن يكون في مقابلته عوض مالى فعملنا بمعنى التزام المال ابتداء ، وقلنا : لا يفسد بأصل الجهالة في مثله لأن الجهالة في مثله متحملة ، كما في الدية فإن الشرع جعل فيها مائة من الإبل غير موصوفة وكما في الأقارير ، فإن من أقر لإنسان بشيء صح إقراره وعملنا بمعنى المعاوضة (وشرطنا أن يكون المسمى مالا) معلوم الوسط رعاية لجانب الزوج والمرأة كما وجب في الزكاة ذلك رعاية لجانب الغنى والفقير (وذلك) إنما يتصور (عند إعلام الجنس) لأنه يشتمل على الجيد والردىء والوسط فوُحِظَ منهما ، بخلاف جهالة الجنس لأنه لا وسط له حينئذ لاختلاف معاني الأجناس) فإنه إذا قال على دابة لم يجد نوعا يتوسط فيلزمه . قوله (وبخلاف البيع) جواب عن قوله مالا يصلح ثمتا لا يصلح مسمى في النكاح ، ووجهه أن مبناه على المضابطة والمماثلة أى المنازعة لأنه معاوضة مال ليس فيه معنى التزام المال ابتداء فيفسد بأصل الجهالة

(قوله والحق أن يقال : أراد بالجنس ما هو مصطلح الفقهاء وهو النوع باصطلاح غيرهم) أقول : فيه بحث ، فإن كلا من العبد والجارية جنس عند الفقهاء وليس نوعا باصطلاح غيرهم بل أحسن من أن لا يسمى .

أما النكاح فبناه على المساعدة ، وإنما يتخير لأن الوسط لا يعرف إلا بالقيمة فصارت أصلا في حق الإيفاء والعبد أصل تسمية فيتخير بينهما (وإن تزوجها على ثوب غير موصوف فلها مهر المثل ومعناه ذكر الثوب ولم يزد عليه) ووجهه أن هذه جهالة الجنس إذ الثياب أجناس ، ولو سمي جنسا بأن قال هروى يصح التسمية ويخير الزوج لما بينا ، وكذا إذا بالغ في وصف الثوب في ظاهر الرواية لأنها ليست من زوال الأمثال ، وكذا إذا سمي مكيلا أو موزونا وسمى جنسه دون صفته ، وإن سمي جنسه وصفته لا يتخير لأن الموصوف منهما يثبت في اللمة ثبوتا صحيحا

المثل استغنى عن هذا السؤال وجوابه (قوله وإنما يتخير الزوج) جواب عن سؤال مقدر أن ما ذكرتم يقتضي وجوب الوسط ، والحكم عندكم وجوب أحد الأمرين منه ومن قيمته حتى يتخير على قبولها . أجاب لما كان الوسط لا يعرف إلا بتوقيفه صارت القيمة أصلا مزاحا للمسمى كأنها هو فهي أصل من وجه فتتخير على قبول أي أتاها به . وبهذا التقرير يندفع ما قد يقال : إذا كان الحكم ذلك صار كأنه تزوجها على عبد أوقيته ، وفيه يجب مهر المثل لأن هذا التقرير إنما أفاد أن الأصل العبد عينا والقيمة مخلص ، ألا يرى إلى التشبيه في قولنا كأنها هو . وفي الميسوط بعد أن قال لكون المهر عوضا راعينا صفة الوسطية ليعتدل النظر من الجانبين ولكونه مالا يلزم ابتداء لا يمنع جهالة الصفة صحة الالتزام . قال : ولها لو أتاها بالقيمة أجبرت على القبول لأن صحة الالتزام باعتبار صفة المالية والقيمة فيه كالمعين . وهذا تعتبر القيمة بقدر الغلاء وبالرخص ، ويختلف ذلك بحسب الأوقات وهو الصحيح وإنما قدر أبو حنيفة في العبد السود بأربعين دينار أو في العبد البيض بخمسين لما كان في زمانه (قوله وإن تزوجها على ثوب الخ) تقدم الكلام فيه (قوله وكذا إذا بالغ في وصف الثوب) بأن ذكر بعد نوعه طوله وعرضه ورقته وعلى منوال كذا لا يختلف الجواب من أنها تتخير على أخذ القيمة كما على أخذ الثوب ، وجعله ظاهر الرواية اخترازا عما عن أبي حنيفة يخير الزوج على عين الوسط وهو قول زفر ، وعما عن أبي يوسف أنه إن ذكر الأجل مع ذلك تعين الثوب لأن موصوفه إذا كان مؤجلا يثبت في اللمة ثبوتا صحيحا في السلم ، وإن لم يؤجل يتخير الزوج . وعبارته في الميسوط ، فإن عين صفة الثوب فعل قول زفر لا يتخير على القيمة إذا أتاها بها ، وعلى قول أبي يوسف إن ذكر الأجل إلى آخر ما ذكرناه ، ثم قال : وزفر يقول الثوب يثبت في اللمة موصوفا ثبوتا صحيحا

(أما النكاح فبناه على المساعدة) فلا يفسد بالجهالة ما لم تفحص . وقوله (وإنما يتخير) متعلق بقوله والزوج يتخير ، ومعناه أن لكل واحد من الوسط والقيمة جهة أصالة ، أما القيمة فلأن الوسط لا يعرف إلا بالقيمة فصارت أصلا في حق الإيفاء ، وأما الوسط فلأن التسمية وقعت عليه فيتخير بينهما ويخير المرأة على القبول بأيهما أتى . وقوله (وإن تزوجها على ثوب غير موصوف) يعني لم يذكر نوعا منه . وقوله (إذ الثياب أجناس) يعني أنها تكون قطنا وكتانا وإبريسما وغيرها . وقوله (وكذا إذا بالغ في وصف الثوب) معنى المباينة فيه هو أن يوصله إلى حد يجوز فيه عقد السلم . وقوله (في ظاهر الرواية) اخترازا عما روى عن أبي حنيفة أن الزوج يخير على تسليم الوسط ، وهو قول زفر لأنه بالمباينة فيه يلتحق بنوات الأمثال ولهذا يجوز فيه السلم . وعن أبي يوسف أنه إن ضرب الأجل يخير على اللغو وإلا فلا لأنه بضرب الأجل لأصار نظير السلم . وجه الظاهر ما ذكرناه أنها ليست من ذوات الأمثال بدليل أن مستهلكها لا يضمن المثل فصارت كالعبد (وكذا إذا سمي مكيلا أو موزونا وسمى جنسه) مثل أن يقول تزوجتك على كمر حنطة أو من زعفران ولم يزد على ذلك كان الزوج يتخير بين الوسط وقيمته . وإن سمي جنسه وصفته لا يتخير (بل يخير على الوسط) لأن الموصوف منهما يثبت في اللمة ثبوتا صحيحا (حالا أو مؤجلا ولهذا

(وإن تزوج مسلم على خير أو خنزير فالنكاح جائز ولها مهر مثلها) لأن شرط قبول الخمر شرط فاسد فيصح النكاح ويلغو الشرط ، بخلاف البيع لأنه يبطل بالشرط الفاسد لكن لم تصح التسمية لما أن المسمى ليس بمال في حق المسلم فوجب مهر المثل (فإن تزوج امرأة على هذا الدن من النخل فإذا هو خير فلها مهر مثلها عند أبي حنيفة . وقالوا : لها

لأنه بالمبالغة في ذكر صفته يلتحق بنوات الأمثال ولهذا يجوز السلم فيه ، واشتراط الأجل هناك من حكم السلم لأن حكم ثبوت الثياب ديناً في اللمة فاستوى ذكر الأجل وعدمه . وأجاب بأن قال : لكننا نقول لو باع عبداً بثياب موصوفة في اللمة لا يجوز إلا وموجلاً وإن لم يكن العقد سليماً ، فرفعنا أن الثياب لا تثبت ديناً ثبوتاً صحيحاً لا وموجلاً . وظاهره ترجيح قول أبي يوسف ، وقد يقال : بل حصل الصورة سلم والعبد رأس ماله والثياب الموجلة المسلم فيه ، ولا يخفى ترجيح قول زفر إذ لم ينفع قوله إن اشتراط الأجل ليس من حكم ثبوته في اللمة وهو ظاهر . وأما المكمل والموزون فإن سمى جنسه كمل أو دب قمح أو شعير دون صفته فكغيره من ثبوته وإجبارها على قبول القيمة وإن وصفه كجيدة خالية من الشعر صعيدية أو بحرية لا يخير الزوج ، بل يتعين المسمى لأن الموصوف منها يثبت في اللمة صحيحاً حالاً كالقرض وموجلاً كما في السلم . وعن أبي حنيفة : لا تجبر على القيمة فيما إذا لم يسم الصفة أيضاً لأن صحة التسمية إنما توجب الوسط مخيراً بينه وبين القيمة كما في الفرس والعبد لا يتعين الوسط (قوله وإن تزوج مسلم على خير أو خنزير فالنكاح جائز ولها مهر مثلها) وبه قال الثلاثة ، وقالوا في رواية عن كل منهم : يفسد النكاح لامتناع العوض إذ المسمى يمنع عوضاً أخيراً وهو ممنوع التسليم في حق المسلم . قلنا : امتناع التسليم لا يزيد على فساد التسمية ، وفسادها لا يزيد على اعتبارها علماً مع اشتراط قبوله ، والنكاح لا يفسد بعلم التسمية ولا بالشرط الفاسد ، بخلاف البيع يفسد بالأكول لأنه ركنته وبالتالي لأن الشرط الفاسد بصير . ربا لأن الشرط زيادة خالية عن العوض في أحد الجانبين ولا ربا في النكاح (قوله فإن تزوج امرأة على هذا الدن من النخل فإذا هو خير) أو على هذا العبد فإذا هو خير ، فيعتز أبي حنيفة لها مهر مثلها فيهما : وقال أبو يوسف :

جاء استقراضه والسلم فيه . قوله (وإن تزوج مسلم على خير أو خنزير فالنكاح جائز ولها مهر المثل لأن شرط قبول الخمر شرط فاسد) معناه أن قوله تزوجت على خير بمنزلة قوله تزوجت بشرط قبولك الخمر ، هذا شرط فاسد والنكاح لا يبطل به لأن الشرط فيه لا يربو على ترك التسمية أصلاً وذلك لا يفسده فهذا أولى (بخلاف البيع) لأنه يبطل بالشرط الفاسد لأن الشرط فيه بمعنى الربا وهو يفسده ، وفي قوله بخلاف البيع إشارة إلى رد قياس مالك النكاح على البيع فإنه قال تسمية الخمر والخنزير تمنع وجوب عوض آخر ، ولا يمكن إيجاب الخمر والخنزير بالعقد على المسلم فكان كما لو باع عبداً فيهما ، وقلنا : لما لم تصح التسمية في قسمها لكون المسمى ليس بمال : أي ليس بمال متقوم في حق المسلم لم تمنع وجوب الغير فوجب مهر المثل . قال (فإن تزوج امرأة على هذا الدن من النخل) صورة المسئلة ظاهرة . وحاصل اختلافهم أن محمدنا مع أبي يوسف في ذوات الأمثال في أن الحكم يتعلق

(قوله وحاصل اختلافهم أن محمدنا مع أبي يوسف الف) أقول : قال العلامة إمامي : هذا الكلام لا ينادك بصح أبداً لأن عبداً لم يعلق الحكم بكونه من ذوات الأمثال أو من ذوات القيم ، ولم يغير هذه الجهة أصلاً ، وإنما اعتبر كون المسمى من جنس المبادر إليه أم لا ، فإن كان من جنسه يعلق بالمبادر إليه ، وإن كان من خلافه يعلق بالمسمى سواء كان من ذوات الأمثال أو من ذوات القيم . أم لا يرى أنه إذا تزوجها على هذه الثلاثة فإذا هو خنزير ، أو هذه الحمارية فإذا هو غلام يتغير التسمية عند عبده لا اختلاف الجنس . وإذا تزوجها على هذا الدن من النخل

مثل وزنة خلا ، وإن تزوجها على هذا العبد فلذا هو محب مظهر المثل عند أبي حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف :
تجب القيمة (لأبي يوسف أنه أطعمها مالا وعجز عن تسليمه فتجب قيمته أو مثله إن كان من ذوات الأمتان
كما إذا هلك العبد المسمى قبل التسليم . وأبو حنيفة يقول : اجتمعت الإشارة والتسمية فتعتبر الإشارة لكونها
أبلغ في المقصود وهو التعريف ، فكانت تزوج على خير أو حر .

لها مثل وزن الخمر خلا ، وقيمة الحر المثار إليه لو كان عبدا ، وقال محمد بقول أبي حنيفة في الحر وبقول
أبي يوسف في الخمر . وذكر الحناكم أن قول أبي يوسف الأول في الحر كقولهما . وظاهر كلام البداية في

بالتسمية دون مهر المثل ، ومع أبي حنيفة في ذوات القيم في إيجاب مهر المثل دون القيمة . ثم الأصل أن المعتبر
هو الإشارة عند أبي حنيفة في الفصول كلها ، والتسمية عند أبي يوسف في الفصول كلها والإشارة في الجنس
الواحد ، والتسمية في الجنسين عند محمد . والمصنف قدم دليل أبي يوسف وهو ظاهر ، ثم ذكر دليل أبي حنيفة
وقال فيه (لكونها) يعني الإشارة (أبلغ في المقصود وهو التعريف) لأن الإشارة بمنزلة وضع اليد على الشيء ،
ويحصل بها كمال التمييز لأن الإشارة إلى الشيء واردة غير ممنوعة ، وأما التسمية فمن باب استعمال اللفظ ، ويجوز
إطلاق اللفظ وإرادة غير ما وضع له وأخر دليل محمد وكأنه أشار إلى اختيار مذهبه ، ودليله موقوف على تقديم
مقدمتين : إحداهما أن المراد بالمأهية هو الحقيقة من حيث هي وبالذات موجود في الخارج يصح أن يكون مشارا
إليه إشارة حسية . والثانية أن المراد بالجنس ما يكون الفاصل بين أحاده أمرا واحدا فيكون متفاوتا بسيما كالعبد
والحر والميتة والمذكاة ، والذكر والأنثى في غير الإنسان ، والجنسين ما يكون الفاصل بينهما أكثر من ذلك
فيفتحش التفاوت كالتحلل والخمر فإن الفاصل بينهما الاسم والصفة كالحموضة في الخل والحلقة في الخمر والمعنى
كالإسكار وعلمه والبحارية والعبد فإن الفاصل بينهما الاسم والصفة ، فإذا ظهر هذا فلذا اجتمعت التسمية والإشارة
في العقد ، فإن كان المسمى والمشار إليه من جنس واحد كان المعتبر هو المشار إليه لأن التسمية هناك لأدلة على
ماهية أخرى وإنما تدل على صفة والصفة تتبع الموصوف في الاستحقاق والموصوف موجود في المشار إليه
لأنه هو المشار إليه لولا الصفة ولم تعتبر الصفة لتبعيتها وإن كانا من جنسين ، فالمعتبر هو المسمى لأن التسمية
حيث تدل على ماهية بخلاف المشار إليه فيكون المسمى مثل المشار إليه في استحقاق أن يكون مرادا ولما يكون
تابعا له لأن المقضي لعدم شيء لا يتبعه فيتمارضان في الاستحقاق ، والتسمية أبلغ في التعريف إذا كانا من جنسين
من حيث أنها تعرف الماهية ، والإشارة إنما تعرف ذاتا مشارا إليه من غير دلالة على حقيقته . هذا الذي سنعمل

فلذا هو متجهس بتعريف الإشارة ويوجب مهر المثل لاتحاد الجنس ، وإن آمنت زيادة التفصيل انظر إلى الكتاب والقرى (قوله ويجوز إطلاق
اللفظ وإرادة غير ما وضع له) أقول : فإن من قال هذه الكلمة طالق لا مرته ، أو هذا الحمار حر لم يده يقطع الفلاق والطلاق ، وإطلاق
الكلمة والمشار يجوز (قوله إحداهما أن المراد بالمأهية هو الحقيقة من حيث هي) أقول : أي بلا اعتبار الوجود الخارجي بل باعتبار صفة
مطلقا ، فلا يفتق كلامه هنا لما سيذكره في كتاب البيع ، ويدل على ما ذكرنا قوله بعد أسطر وإنما يدل على صفة فتأمل (قوله وبالذات الخ)
أقول : في قوله والإشارة تعرف الذات لأن قوله موجود في المشار ذاتا ، فإن لفظ الذات فيه معنى نفس الحقيقة من حيث هي بدون الصفة
(قوله فيكون متفاوتا بسيما كالعبد) الخ والميتة والمذكاة والذكر والأنثى في غير الإنسان) أقول : والمالية في العبد وحل الاتطاع
في الذكوة من الأحكام دون الأوصاف ، إلا أن في الذكر والأنثى كلاما لا يمتنع (قوله وللمنى كالإسكار الخ) أقول : ملحق على الصفة (قوله
والصفة تتبع الموصوف في الاستحقاق) أقول : أي في استحقاق الإرادة (قوله لأنه هو المشار إليه الخ) أقول : لم يظهر ما ذكره . وجه
ترجيح جانب الإشارة على جانب التسمية ، فإن دلالة التسمية على ذات موصوفة بصفة ، كما أن المشار إليه ذات موصوفة بصفة (قوله لولا
الصفة) أقول : أي في المشار إليه (قوله ولم تعتبر الصفة) أقول : أي تدل عليها التسمية (قوله تعرف الماهية) أقول : أي هي الأصل

ومحمد يقول: الأصل أن المسمى إذا كان من جنس المشار إليه يتعلق العقد بالمشار إليه لأن المسمى موجود في المشار إليه ذاتا، والوصف يتبعه وإن كان من

التعليلات مقتضى افتراقهم في مبادئ الخلاف لأنه خص أبا يوسف بما حاصله أنه سمي لها مالا وتعلق تسليمه فتجب قيمته في القيمي والمثل في المثل، والعبد قيمي والخمر مثل. ثم قال وأبو حنيفة يقول: لما اجتمعت الخ والتحقق أنه لا خلاف بينهم فيه. في الإيضاح: لا خلاف بينهم أن المعتبر المشار إليه إن كان المسمى من جنسه وإن كان من خلاف جنسه فالمسمى. وفي إشارات الأسرار قال: هذا الخلاف ينشأ من أصل يجمع عليه إلى آخر معنى ما ذكرنا وما نذكر، ولأن هذا الأصل متفق عليه في البيوع والإجازات وسائر العقود. وتفصيله من الكافي قال: هذه المسائل مبنية على أصل، وهو أن الإشارة والتسمية إذا اجتمعتا والمشار إليه من خلاف جنس المسمى فالعبرة للتسمية لأنها تعرف الماهية والإشارة تعرف الصورة فكأن اعتبار التسمية أولى لأن المعاني أحق بالاعتبار. وإن كان المشار إليه من جنس المسمى إلا أنهما اختلفا وصفا فالعبرة للإشارة لأن المسمى موجود في المشار إليه ذاتا، والوصف يتبعه: أي يتبع الذات، ألا ترى أن من اشترى قمعا أنه أنه ياقوت فإذا هو زجاج لا يعتقد لا لخلاف الجنس، ولو اشتراه على أنه أحمر فإذا هو أخضر يعتقد لاتحاده، والشأن في التخريج على هذا الأصل؛ فأبو يوسف يقول: الخمر مع العبد والمثل مع الخمر جنسان مختلفان في حق الصداق لأن أحدهما مال متقوم يصلح صداقا والآخر لا، فالحكم حينئذ بالمسمى وكان الإشارة تبين وصفه كأنه قال: عبد كهذا الحر وغل كهذا الخمر. ومحمد يقول: العبد مع الحر جنس واحد، إذ معنى الذات لا يفرق فيها، فإن متغيرهما تحصل على نخط واحد، فإذا لم يتبدل معنى الذات اعتبر جنسا واحدا، فالعبرة للإشارة والمشار إليه لا يصلح مهورا فوجب مهر المثل، أما المثل مع الخمر فيجنسان، إذ المطلوب من الخمر غير المطلوب من المثل، فالحكم فيه كما قال أبو يوسف، وأبو حنيفة يقول: لا تأخذ اللبائتان حكم الجنسين إلا يتبدل الصورة والمعنى، لأن كل موجود من الحوادث

في حل هذا المثل، وأز ذلك بيانا وهو أن كل موضع دلت التسمية فيه على معنى يتحقق المشار إليه عند ارتفاعه فهو جنس واحد، فإن صفة كونه عبدا إذا ارتفعت عاد حرا لعلم الواسطة، وكذا في المية والذكية والذكر والأنثى، وكل موضع دلت التسمية فيه على معنى لم يتحقق المشار إليه عند ارتفاعه لوجود الواسطة فهما جنسان، فإن صفة كونه حرا إذا ارتفع لا يلزم أن يكون حرا بلواز أن يكون عسيرا، وكذا إذا ارتفع كونها جارية

(قوله فإن صفة كونه عبدا إذا ارتفعت عاد حرا لعلم الواسطة) أقول: فيه بحث بلواز أن يكون جارية، كما يجوز أن تكون ميلا إذا ارتفع كونها جارية، ويجوز أن يجاب عنه بأن يقال: للراد ارتفاع الصفة فقط مع بقاء الذات والموصوف، وهو في العبد هو الإنسان للذكر وفي المية هي الفلة، وكذا في الذكر والأنثى منها، وفي الخمر ماء العنب، وفي الجارية هو الإنسان الأنثى فليتمل (قال المصنف: لأبي يوسف أنه أحسها مالا وميز عن تسليمه فتجب القيمة) أقول: قال ابن المدام: ظهر كلام المداية في التعليلات يقتضي انفرادهم في مبادئ الخلاف لأنه خص أبا يوسف بما حاصله سمي لها مالا وتعلق تسليمه فتجب قيمته في القيمي والمثل في المثل والعبد قيمي والمثل مثل. ثم قال: وأبو حنيفة رحمه الله يقول: لما اجتمعت الخ، والتحقق أنه لا خلاف بينهم فيه له. أضاف المصنف في كتاب البيع هذا الأصل إلى محمد واستدل به على مسئلة وثيقة، فالإضافة إليه تدل على التخصيص، والاستدلال على الوثاقية يدل على الاتفاق، والظاهر هو الثاني، والتخصيص يجوز أن يكون للتخريج فليتمل (قال المصنف: ومحمد يقول الأصل أن المسمى إذا كان من جنس المشار إليه)

خلاف جنسه يتعلق بالمسمى لأن المسمى مثل المشار إليه وليس يتابع له ، والتسمية أبلغ في التعريف من حيث أنها تعرف الماهية ، والإشارة تعرف الذات ، ألا ترى أن من اشترى فصا على أنه ياقوت فإذا هو زجاج لا يتعد العقد لاختلاف الجنس ، ولو اشترى على أنه ياقوت أحر فإذا هو أخضر ينقذ العقد لاتحاد الجنس . وفي مسئلتنا العبد مع الحر جنس واحد قللة التفاوت في المنافع ، والحر مع الخلل جنسان لفحش التفاوت في المقاصد (فإن تزوجها على هذين العبدين فإذا أحدهما حر فليس لها إلا الباقي إذا ساوى عشرة دراهم عند أبي حنيفة)

موجود بها ، وصورة الخلل والحر والعبد واحدة فاتحد الجنس ، فالعبرة للإشارة فيهما والمشار إليه غير صالح فوجب مهر المثل له . وغاية الأمر أن يكون سمي الحر خللا والحر عبدا مجوزا ، وذلك لا يمنع تعلق الحكم بالمراد كما لو قال لامرأته هذه الكلبة طالق ولعبد هذا الحمار حر تطلق ويعتق ، فظهر أن اختلاف بينهم في الأصل نيل في اختلاف الجنس واتحاده ، فلم يزد أن ما ذكر في بعض شروح الفقه من أن الجنس عند الفقهاء المقول على كثيرين مختلفين بالأحكام إنما هو على قول أبي يوسف ، وعند محمد المختلفين بالمقاصد ، وعند أبي حنيفة هو المقول على متحدة الصورة والمعنى . ثم لا يخفى أن اللائق كون الجواب على قول أبي يوسف وجوب القيمة أو عيد وسط لأن إلغاء الإشارة واعتبار المسمى يوجب كون الحاصل أنه تزوجها على عيد وحكمه ما قلنا ، ولو تزوجها على عكس ما ذكرنا : أي على هذا الدن من الحر فإذا هو خل ، أو على هذا الحر فإذا هو عبد ، أو على على هذه الميتة فإذا هي ذكية ، قلنا المشار إليه في الأصح عند أبي حنيفة ، وإن روى عنه مهر المثل وقد مر على أصله . وبالأصح عن أبي حنيفة قال أبو يوسف : فأوجب الذكية وما معها ، وأوجب محمد المذكاة ومهر المثل في الحر فر على أصله ، وأبو يوسف خالف أصله واعتل به بأنه جمع بين الإشارة والتسمية ، وصحت إحداها وبطلت الأخرى ، فاعتبرت الصحة وصارت الأخرى كأن لم تكن . وكلنا خالف أبو حنيفة الأصل المذكور له على تلك الرواية القائلة بوجوب مهر المثل . ووجه بأنه يقول الموجب الأصل مهر المثل ، وإنما اعتبرنا الإشارة هناك لتجب ، ولو اعتبرناها هنا لا يجب فلا تعتبر ليجب مهر المثل لأنه هو الأصل (قوله فإن تزوجها على هذين العبدين فإذا أحدهما حر فليس لها عند أبي حنيفة إلا الباقي إذا ساوى عشرة) فإن لم يساو عشرة كملت العشرة

لا يلزم أن تكون عبدا لجواز أن تكون حرة ، وعلى هذا إذا تزوجها على هذين العبدين فإذا أحدهما حر فليس لها إلا الباقي إذا ساوى عشرة دراهم عند أبي حنيفة لأنه يعتبر الإشارة والإشارة إلى الحر يخرجها عن العقد فكان تسمية العبد الثاني لغوا ، وكأنه تزوجها على عبد فليس لها إلا ذلك ، ولا يجب مهر المثل لأنها لا يمتنعان . ووجه أن يوسف ظاهر ، وكلنا وجه محمد لأنه في الجنس الواحد تعتبر الإشارة ، ولو كانا حريين وجب تمام مهر المثل عنده ، فإذا كان أحدهما عبدا يجب العبد وتمام مهر المثل ، والمصنف ذكر في دليل أبي حنيفة قوله لأنه

أقول : هذا الأصل متفق عليه لكن أبا يوسف يقول : العبد المسمى والخل المسمى مال صالح يلحق بهما والحر والحر لا يصلحان فكانا جنسين في المهر . وأبو حنيفة رحمه الله اعتبر الثلاث والتمتع والخلية والعمرية والرقية والحرية يصور إليهما ثلاث واحدة على التعاقب ، فلم يصور اختلاف الجنس باختلاف المعلنين . وباقى التفصيل في شرح الكافي ، فعل هذا إذا تزوجها على هذه الجارية فإذا هي غلام ينبغي أن تعتبر التسمية عند أبي حنيفة لاختلاف الجنس عنه أيضا كما سبق في البيع ، بخلاف تقرير المصنف فليكن بالتأمل والتحقق (قوله وجب تمام مهر المثل عنده الخ) أقول : وكلنا عند أبي حنيفة فلا وجه للتخصيص ظاهرا (قوله يجب العبد وتمام مهر المثل) أقول : لاتمام رضاها بالباقي

لأنه مسمى ، ووجوب المسمى وإن قل يمنع وجوب مهر المثل (وقال أبو يوسف : لها العبد وقيمة الحر عبداً) لأنه أطمعها سلامة العبدین وعجز عن تسليم أحدهما فتجب قيمته (وقال محمد) وهو رواية عن أبي حنيفة (لها العبد الباقي وتام مهر مثلها إن كان مهز مثلها أكثر من قيمة العبد) لأنهما لو كانا حرين يجب تمام مهر المثل عنده

(لأنه مسمى . ووجوب المسمى) المستحق بأصل العقد (وإن قل يمنع وجوب مهر المثل . وقال أبو يوسف : لها العبد وقيمة الحر) لو كان (عبداً) لأنها ما رضية إلا بهما وتعلم تسليم أحدهما فتجب القيمة . وقال محمد : لها الباقي وتام مهر مثلها إن لم يبلغ الباقي مهر المثل ، وهو رواية عن أبي حنيفة . فعلى هذا لو بلغ الباقي مهر المثل لا يزداد عليه فيتحد بقول أبي حنيفة لأنهما لو كانا حرين يجب مهر المثل فإذا كان أحدهما حراً ولم يبلغ الباقي مهر المثل تم مهر المثل دفعا للضرر بها . فهنا مقامان هما : مقام اختلفا فيه وهو تعيين الواجب مع الباقي ومقام اتفقا فيه وهو عدم الاكتصاف على الباقي ولهما فيه الإلحاق بالسطة السابقة : أعنى ما إذا تزوجها على ألف وأن لا يخرجها من البلد ولم يف حيث يكمل مهر المثل لأنها لم ترض بذلك القدر فقط ، وقد امتنع الباقي فلم يجب الاكتصاف عليه . والجواب الفرق بأن القائل في السابقة لم يستحق بأصل العقد مدفوع بأن لا أثر لاستحقاق مستحق خاص بأصل العقد في دفع استحقاق غيره ، ولزوم مهر المثل فيها ليس إلا لعدم رضاها بذلك القدر تسمية إذ لم ترض إلا بالكل ، غير أن القائل هناك لما لم يتقوم صبر إلى مهر المثل ، وهنا يتقوم بمعنى يقوم هذا الحر عبداً فتجب قيمته ، وعلى هذا يرجع قول أبي يوسف من حيث الوجه . وقد يجاب بأن جبر القائل هناك لعدم رضاها وعدم تصغيرها في تعيين ما ترضى به ، أما هنا فهي المقصورة في الفحص عن حال المسمين فإنه بما يعلم بالفحص بخلاف السابقة لأن عدم الإخراج وطلاق الفرة إنما يعلم بعد ذلك فكانت هنا ملزمة للضرر معنى . هذا وقد خرجت هذه المسئلة على ما يليها من الأصل الذي ذكرناه ، فعند أبي حنيفة تسمية العبد عند الإشارة إلى الحر لغو ، وإذا لغا تسمية أحد العبدین صار كأنه تزوجها على عبد فليس لها غيره . وعند أبي يوسف تسمية العبد معتبرة مع الإشارة إلى الحر ، فاعتبر تسمية العبدین لكنه عجز عن تسليم أحدهما فوجب قيمته . ومحمد يقول : الأمر كما قال أبو حنيفة إن تسمية العبد عند الإشارة إلى الحر لغو ، لكنها لم ترض في تمليك بضعها بعبد واحد فيجب النظر إلى مهر المثل لدفع

مسمى بناء على ما ذكرنا أن الإشارة أبطلت العبد الثاني . وقوله (ووجوب المسمى وإن قل يمنع وجوب مهر المثل) اجترأ عليه بما قال قبل هذا ، ولو تزوجها على ألف إن أقام بها إلى أن قال وإن أخرجهما فلها مهر المثل ، وما قال في الزیادات أن الرجل إذا تزوج امرأة على ألف درهم وعلى أن يعتق أباهما ثم إن لم يف بالشرط فلها ألف إلى تمام مهر مثلها : وهذا يدل على أن ذكر المسمى لا يمنع وجوب مهر المثل . وأجيب بأن ذلك الشرط استحق بمقد النكاح ، ففواته يوجب فوات رضاها فيكمل لها مهر المثل . وأما الحر فلم يستحق أصلاً . وبأن الوقوف على ما شرط غير ممكن لأنه شرط على خطر الوجود ، فلو لم يجب لها إلى تمام مهر المثل لزمها ضرر لا يمكن الاحتراز

(قوله أترض عليه بما قال قبل هذا الخ) أقول : كيف يتقضى به ولا وجوب المسمى فيه من حيث أنه مسمى لفساد التسمية الثانية تأمل (قوله وهذا يدل على أن ذكر المسمى) أقول : والآن أن يقول وجوب المسمى (قوله وأجيب بأن ذلك الشرط استحق بمقد النكاح الخ) أقول : جواب عن السؤال الثاني لأن شرط جلم الإخراج قلد لا يستحق بالنكاح . ويرد عليه أنه إذا كان مستحقاً فلم لا يجبر على إيفائه (قوله يوجب فوات رضاها) أقول : بالألف (قوله وبأن الوقوف على ما شرط غير ممكن الخ) أقول : فيه بحث ، فإن إتمام التعليل بقية لم يذكره أولاً بعد انقطاع ذكره للشارح في السلم فراجعه (قوله ظر لم يجب لها الخ) أقول : فرائد على الألف

فإذا كان أحدهما عبداً يجب العبد وتام مهر المثل (وإذا فرق القاضي بين الزوجين في النكاح القاسد قبل الدخول

الضرر ، ولا جواب إلا بما قلنا من التزامها لذلك حيث قصرت إن تم ، وإلا فالأوجه قول أبي يوسف ، وكونها مقصرة بذلك ممنوع إذ العادة مانعة من الرد في أن المسمى حر أو عبد . وقريب من هذا ما لو تزوجها على هذه الثياب العشرة فإذا هي تسعة ليس لها غير التسعة ، وحكم محمد بها كما قال أبو حنيفة إن ساءت مهر مثلها أو زادت وإلا أكمل لها مهر مثلها ، وفي فتاوى الخصاصي : من علامة العبد تزوجها على هذه الأثواب العشرة فإذا هي أحد عشر ، فإن كان مهر مثلها أحد عشر وزيادة فلها أحد عشر عند أبي حنيفة وبه يفتي ، لأن المهر إحدى العشرين أجزؤها أو أردأها فصار كما إذا تزوج على أحد ملين العبدين ، أما إذا وجدت تسعة فلها التسعة لا غير عنده وبه يفتي ، فرق بين هذا وبين ما إذا تزوجها على هذه الأثواب العشرة الهروية فإذا هي تسعة حيث كان لها التسعة وثوب آخر في قولهم جميعاً لأن في الأولى المنطوق به الثوب المطلق ، والثوب المطلق لا يجب مهرها ألا ترى أنه لو تزوجها على ثوب مطلق يجب مهر المثل ، وفي الثانية المنطوق به ثوب هروى وهذا يجب مهرها . وشرح العبارة الأولى أن الزوج إنما وقع على عشرة ، وحين وجدت أجله عشر فلا بد أن تشمل غالباً على عشرة هي أجزء الأحد عشر وعشرة هي أجزء الأحد عشر فصارت التسمية عشرة من أحد عشر إما أردؤها أو أجزءها . وبه تقصد التسمية عند أبي حنيفة فيحكم مهر المثل ، فإذا كان أحد عشر أو أكثر فلها الأحد عشر لرضاها بالقصاص ، وإن كان بين العشرة التي هي الأردأ والعشرة التي هي الأجزء تعين ، أعني مهر المثل ، كما لو كان بين أو كس العبدين وأجزءها ، وإن كان أقل من أردأ العشرين أو مثلها تعين العشرة الرديئة . كما لو كان أقل من أو كس العبدين أو مثله ، هذا قياس قوله . وأما قياس قولهما فصحت التسمية وتعين أردؤها مطلقاً كما عينا أو كس العبدين كذلك . وشرح عبارة التسعة أنه إذا ظهرت العشرة تسعة ولم يصفها بالهروية فكانه تزوجها على هذه التسعة وثوب آخر وهو مطلق فيلغو ويجب التسعة فقط ، بخلاف ما إذا وصفها بالهروية لأن المعنى أنه تزوجها على هذه التسعة وثوب هروى فلا تبطل تسميته ، غير أن مقتضى الأصل أن يتخير فيه بين عينه وقيمه ، والله أعلم بقوله وإذا فرق القاضي بين الزوجين في النكاح القاسد) وهو كزوج الأخت في عدة الأخت أو الخامسة في عدة الرابعة أو الأمة على الحرة ، فإن كان قبل الدخول فلا مهر لها خلا بها أو لم يغزل لأن المهر لا يجب في النكاح القاسد إلا بالدخول ، وإنما لم يتم الخلوة فيه مقام الدخول لأن التمكن منها فيه مبتدئ شرعاً ، بخلاف الصحيح فإنه يجب فيه بالعقد ويكمل بالخلوة لوطلقها فيه قبل الدخول لأن الخلوة فيه أقيمت مقام الدخول لثبوت التمكن من الإبطاء شرعاً وحسباً . فإن دخل بها بجماع في القبل فلها مهر مثلها لايزاد على المسمى عندنا خلافاً لفرق رحمه الله اعتبره بالبيع القاسد حيث تجب فيه القيمة إذا امتنع الرد ، ونحن نقول المستوفى ليس بمال وإنما يتقوم بالتسمية ، فإن زادت على مهر المثل لم تجب الزيادة لعدم صحة التسمية ، وإن نقصت لم تجب الزيادة على المسمى لعدم التسمية . وأورد عليه لزوم التناقص لأنك أسقطت اعتبار التسمية إذا زادت على مهر المثل ، ثم اعتبرتها إذا نقصت منه ، فإن كانت فاسدة يجب شمول العدم ، وإن كانت صحيحة فشمول الوجود . وأجاب المورد بأنها صحيحة من وجه فاسدة من وجه ، صحيحة من حيث أن المسمى مال ، فاسدة من حيث أنها وجدت في عقد فاسد فاعتبرنا

عنه ، أما ههنا فيمكن الوقوف على ما أشار إليه قبل النكاح بالتفحص ، فلو لزمها ضرر لزمها بضرب من تقصيرها . قال (وإذا فرق القاضي بين الزوجين في النكاح القاسد) النكاح القاسد مثل النكاح بلا شهود ونكاح

فلا مهر لها) لأن المهر فيه لا يجب بمجرد العقد لفساده، وإنما يجب باستيفاء منافع البضع (وكذا بعد الحلوة) لأن الحلوة فيه لا يثبت بها التمكن فلا تقام مقام الوطء (فإن دخل بها فلها مهر مثلها لا يزداد على المسمى) عندنا خلافا لثرفر. هو يعتبره بالبيع الفاسد. ولنا أن المستوفى ليس بمال وإنما يتقوم بالتسمية فإذا زادت على مهر المثل لم يجب الزيادة لعدم صحة التسمية، وإن نقصت لم يجب الزيادة على المسمى

فسادها إذا زادت وصحتها إذا نقصت لانضمام رضاها. والحق أن هذه التسمية ليست إلا فاسدة، وقد صرخ المصنف بطلانها، إذ ليس معنى فساد التسمية إلا كون المسمى ليس بمال أو وقوعه في عقد فاسد كل منهما يستقل بفسادها وبفسادها فوجب المصير إلى مهر المثل لأنه القيمة للبضع شرعا. وتقرير الكتاب لا يجيب الزيادة لعدم التسمية: أي لأنها لم تسما فكانت راضية بالحط مسقطه عنها في الزيادة إلى تمامه حيث لم تسم تمامه. وإذا عانت فساد التسمية علمت أن المصير في العقد الفاسد إلى مهر المثل بالدخول اتفاقا بيننا وبين زفر رحمه الله، غير أنه يوجهه بالغ ما بلغ ونحن لا نجاوز به المسمى لما ذكرنا. فوجه الاستدلال أن يقال: سلمنا أن الواجب فيه مهر المثل لكنها رضية بإسقاط بعض حقها، وترك باقي المقدمات لأنه لا حاجة إليها بل لاتصح، لأن قوله إنما يتقوم بالتسمية، إن أراد في النكاح الصحيح فالصحيح ممنوع. بل تارة بها وتارة بمهر المثل، وإن أراد في الفاسد فقد ظهر أنها لا تصح فيه حتى صار خاليا عن التسمية ووجب مهر المثل، غير أنه اعتبر حطها. فإن قيل: لم اعتبر رضاها بالحط ولم يعتبر رضاها بالزيادة فلم يوجبوا المسمى إذا زاد على مهر المثل؟ فالجواب أن لو أوجبناه

الأخت في جلة الأخت في الطلاق البائن ونكاح الخامسة في عدة الرابعة ونحوها وكلامه واضح. وقوله (هو) يعبره البيع الفاسد) يعني أن القيمة في البيع الفاسد يجب بالغة ما باشت وإن زادت على الثمن، فذلك مهر المثل وإن زاد على المسمى لكون كل واحد منهما موجبا أصليا، فإذا اعترض الفساد يرجع إلى الموجب الأصلي (ولنا أن المستوفى) أي من منافع البضع بهذا العقد هو (ليس بمال) وكل ما ليس بمال ليس بمقوم، فالمستوفى به ليس بمقوم (وإنما يتقوم بالتسمية) والتسمية غير صحيحة فبطلت، ولا بد من تقوم المستوفى من منافع البضع شرعا فصرنا إلى ما هو قيمتها في مثل هذا العقد بدون التسمية وهو عقد المفوضة إذا كان صحيحا وذلك مهر المثل فيبطل،

(قوله لكون كل واحد منهما موجبا أصليا الخ) أقول: هذا الكلام لا يفيد الإلزام على أبي يوسف وعبد ربهما الله، لأن الموجب الأصلي عندنا المسمى كما سبق (قوله ولنا أن المستوفى أي من منافع البضع بهذا العقد الخ) أقول: أي العقد الفاسد الذي سمي فيه المهر، وإلا فالنكاح الفاسد إذا لم يسم فيه بمهر فهو المثل بالغ ما بلغ على ما صرحوا به (قوله لو ليس بمال وكل ما ليس بمال ليس بمقوم الخ) أقول: يشير إلى أنه معلول حتى يوجد لإيجاب الصغرى (قال المصنف: لعدم صحة التسمية) أقول: أي من كل وجه، وهذا الضليل على هذا التقرير يخص بمكعب أبي حنيفة، وإلا فغتناها الموجب الأصلي هو المسمى، إلا أن لاتصح التسمية أصلا فيبطل إلى مهر المثل وقد مر فيما سبق (قال المصنف: لانعدام التسمية) أقول: أي تسمية الزيادة على المسمى، قال ابن الممام: لعدم للتسمية: أي لأنها لم تسما فكانت راضية بالحط مسقطه عنها في الزيادة إلى تمامه حيث لم تسم تمامه إلى آخر ما ذكره فراجع قلته مفيد جدا (قوله ولا بد من تقوم المستوفى الخ) أقول: لا يفتي عليك مناقضة آخر كلامه لأوله فإن المضاد من أوله أنه غير متقوم لاقى نفسه ولا بالتسمية لبطلانها، ومن آخره أنه متقوم بنفسه بدون التسمية مع أنه حصر تقدمها أولا في كونه بالتسمية فليتل، فإنه يجوز أن يقال: إنه قصر إضافي بالنسبة إلى تقومه في نفسه بحسب عرف التجار ألا يرى أنه لا يتقوم فالزنا ولا ذلك المبيع، ويجوز أن يقال: مراده في الأول أنه غير متقوم فحرف التجار كالمبيع فلا يناقض لآخره، أو المراد أنه غير متقوم بتنصيص الشارع كما هو الظاهر من تقريره، وفيه بحث (قوله فصرنا إلى ما هو قيمتها في مثل هذا العقد بدون التسمية وهو عقد المفوضة) أقول: قوله هو راجع إلى مثل في قوله في مثل هذا العقد

لانعدام التسمية . بخلاف البيع لأنه مال مقوم في نفسه فيقتدر بدله بقيمته

فما لأنه مسمى وقد بطل وإما أرضها ، وعبرد الرضا بالتكليف لا يثبت لزوم القضاء به لأن به لا يدخل في ملك الآخر بالقبض ، بخلاف الرضا بالسلط لأنه إسقاط قيمه بالواحد ، وعلى هذا لأن المراضة لفر رحمة الله بما في الترمذي وغيره من قوله صلى الله عليه وسلم « أما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل » الحديث ، فإن دخل بها فلها المهر بما استحلت من فرجها ، فكان وجوب مهر المثل أصلا في كل نكاح فاسد ، هذا بعد ما فيه مما قلنا في باب الأولياء والأقضاء .

[فروع] لا يصير محصنا بهذا الدخول إلا عند أبي ثور . وأجمعت الأمة على أنه لا يكون محصنا في العقد الصحيح إلا بالدخول ، ثم لو تكرر الجماع لم يلزمه سوى مهر واحد وهو ما ذكرنا ، بخلاف ما إذا تكرر وطء الابن لجارية الأب وادعى الشبهة فإنه يلزمه بكل وطء وهو الأصل أن الوطء في غير الملك إن كان بشبهة اشتباه تعدد المهر بتكرره ، وإن كان بشبهة ملك لا يتعدد بتعدد « ، ففي جارية الأب وجارية الزوجة إذا وطئها بخروج الثابت في حقها شبهة الاشتباه فيتكرر بتكرره . وفي جارية الابن إذا وطئها الأب والمكاتبه إذا وطئها السيد والزوجة في النكاح الفاسد أو في النكاح الصحيح إذا ظهر بعد تعدد الوطء أنه كان حلف بطلانها الثابت في حقهم شبهة الملك ، وتقرر الوطء في الملك لا يتعدد به المهر فكلذا في شبهته . وأما إذا وطئ أحد الشريكين الجارية المشتركة مرارا قال الشيخ حسام الدين : لم يذكره في الكتاب ، وكان الشيخ برهان الدين والذي يقول : يتعدد المهر لأنه في النصف الآخر ليس له شبهة ملك فصار بمنزلة جارية الأب في حق الابن ، ولو وطئها بعد التفريق في النكاح الفاسد يحد لانقضاء الشبهة . ولو زنى بامرأة فزوجهها وهو غاططها ثم أتم الجماع لزمه مهران : مهر المثل بالزنا لما سقط عنه الحد حين تزوجه قبل تمامه والمهر المسمى بالنكاح وإن طلقها في الحال لأن هذا أكثر من الخلوة . وفي الخلاصة في الجفنس الخامس من فصل المهر : لو وطئ المعتنة عن طلاق ثلاث وادعى الشبهة هل يلزمه مهر واحد أم بكل وطء مهر ؟ قيل : إن كانت الطلاقات الثلاث جملة واحدة فظن أنها لم تقع فهو ظن في موضعه فيلزمه مهر واحد ، وإن ظن أنها تقع لكن ظن أن وطأها حلال فهذا ظن في غير موضعه فيلزمه بكل وطء مهر . وفي نواحد هشام عن محمد رحمه الله : اشترى جارية فوطئها مرارا ثم استحققت فعليه مهر واحد ، وإن استحق نصفها فعليه نصف

ما زاد عليه ، وهذا يقتضي أن لا ينقص من مهر المثل إذا زاد على المسمى لكن الزيادة على المسمى لا تجب (لانعدام التسمية) أي تسمية الزيادة على المسمى . فإن قلت : هل هذا إلا تناقض لأنك أسقطت اعتبار التسمية إذا زادت على مهر المثل ثم اعتبرتها إذا نقصت منه وهي إن كانت فاسدة يجب شمول العدم وإن كانت صحيحة يجب شمول الوجود ؟ قلت : هي صحيحة من وجه دون وجه ، صحيحة من حيث أن المسمى مال مقوم لأن فرض المسئلة فيه ، فاسدة من حيث أنها وجدت في عقد فاسد فاعتبرنا فسادها إذا زادت ومحصنا إذا انتقصت لانضمام رضاها إليها ، وهذا الحل من خواص هذا الشرح . وإنما قيلت المستوفى بقولي بهذا العقد لأن الكلام فيه ولئلا ينتقض بالمقوضة لأن المستوفى هناك أيضا ليس بمال ولم يتقوم بالتسمية بل بالعقد . وقوله (بخلاف البيع) جواب عن قول

(قوله قلت هي صحيحة من وجه دون وجه الخ) أقول : فعل هذا يكون التعليل محصنا بأبينية ، وإلا فستدعى إذا صحت التسمية من وجه لا يصار إلى مهر المثل كما سبق غير بعيد ، إلا أن يقال ذلك في النكاح الصحيح فليأتمل (قوله وإنما قيلت المستوفى الخ) أقول : لا يفيده ذلك التخصيص في دفع الانتقاص ، إذ الانتقاص هو الكبرى وهي على حالها .

وعليها العدة) إلحاقا للشبهة بالحقيقة في موضع الاحتياط وتحزرا عن اشتباه النسب . ويعتبر ابتداءها من وقت التفريق لامن آخر الوطأت ، هو الصحيح لأنها تجب باعتبار شبهة النكاح ورفعها بالتفريق

المهر . وفي آخر حلود خواهر زاده : الصبي إذا زنى بصبيبة فعليه المهر ، وإن أقرب ذلك لا مهر عليه ، وإذا زنى الصبي ببالغة مكروهة فعليه المهر ، وإن دعت إلى نفسها لا مهر عليه ، ولو دعت صبيبة صبيبا عليه المهر ، وكذا لو دعت أمة صبيبا ، والمراد من المهر العقر (قوله وعليها العدة) يعني إذا فارقها وقد دخل بها لا بمجرد الخلوة لأنها لا تقام مقام الوطء في النكاح الفاسد ، وينبغي أن لا يجب عليها الإحداد . في الأصل فيها إذا دخل الرجل على غير امرأته فدخل بها قال عليه مهر لها لأنه دخل بها بشبهة النكاح لأن غير الواحد حجة في المعاملات فيصير شبهة تسقط الحد ويجب المهر . قال في الكتاب : وعليها العدة ويثبت نسب ولدها منه ، ولا تنفي في عدتها ماتت المعتدة بنحوه قضى ^١ رضى الله عنه ، ولأن الإحداد لإظهار التأسف على فوات نعمة النكاح وليس ذلك في الوطء بشبهة ولا نفقة في هذه العدة لأن وجوبها باعتبار الملك الثابت بالنكاح وهو منتف هنا ولأنها النفقة التي كانت واجبة بأصل النكاح تبقى في العدة ولم يكن لها عليه نفقة مستحقة ههنا تبقى ، ولا يرجع بالمهر على الذي أدخلها عليه لأنه هو المستوفى للبدل ، ولو كانت هذه أخت امرأته حرمت عليه امرأته إلى انقضاء عدتها (قوله ويعتبر ابتداءها من وقت التفريق لامن آخر الوطأت هو الصحيح) احترازاً عن قول زفر لأنها إنما تجب باعتبار شبهة النكاح ، ورفع هذه الشبهة بالتفريق أو بالأفراق بالمشاركة إذ لا يتحقق الطلاق في النكاح الفاسد فلا يرتفع إلا بما قلنا ، ولا تصحق المشاركة إلا بالقول بأن يقول تاركك أو غلبت سيلك أو غلبت أو تركها . أما لو تركها ومضى على ذلك سنون لم يكن لها أن تزوج بآخر . قال الشيخ الإمام فخر الدين قاضيه خان : هذا في المدخول بها

زفر وهو واضح . وقوله (وعليها العدة) يعني في النكاح الفاسد إذا دخل بها لما ذكر أن الخلوة فيه لا تقوم مقام المدخول فلا بد من حقيقة المدخول لوجوب العدة ، ويعتبر الجماع في القبل حتى يصير مستوفيا للمعقود عليه . وقوله (إلحاقا للشبهة بالحقيقة) أي الثابت من وجه بالثابت من كل وجه (في موضع الاحتياط) وكان قوله (وتحزرا عن اشتباه النسب) تفسيرا للاحتياط بطريق العطف (ويعتبر ابتداءها من وقت التفريق لامن آخر الوطأت) وقال زفر : يعتبر من آخر الوطأت حتى إذا وطئ في النكاح الفاسد ثم رأت ثلاث حيض ثم فرق القاضي تعتد عندنا وعنده تكون عدتها منقضية . وقوله (هو الصحيح) احتراز عن قوله زفر . وقوله (لأنها تجب باعتبار شبهة النكاح) يعني من حيث وجود ركنه من الإيجاب والقبول (و شبهة النكاح) رفعها بالتفريق (وقوله التفريق في موضعين يشير إلى أنه لا بد من مفروق وليس رفع النكاح موقوفا على تفريق القاضي بل لكل واحد من الزوجين فسخ هذا النكاح بغير محضر من صاحبه عند بعض المشايخ . وعند بعضهم إن لم يدخل بها فكذلك الجواب ، وإن دخل بها فليس لواحد منهما حق الفسخ إلا بمحض من صاحبه كما في البيع الفاسد فإن لكل واحد من المتعاقدين حق الفسخ دون محضر من صاحبه قبل القبض وليس له ذلك بعد القبض ، فلما أن يكون التفريق بمعنى الرفع والرافع كل واحد منهما ، ولما أن يكون وضع المسئلة فيها إذا رفعها حكمهما إلى الحاكم .

(قوله تفسيرا للاحتياط بطريق العطف) أقول : في

(١) هكذا يباين بعض النسخ ، وكتب عليه انظر بين القاضي ، اهـ كونه مبني .

(ويثبت نسب ولدها) لأن النسب يحتاج في إثباته إحياء الولد فيترتب على الثابت من وجه . وتعتبر مدة النسب من وقت الدخول عند محمد وعليه الفتوى لأن النكاح الفاسد ليس بداع إليه والإقامة باعتباره . قال (ومهر مثلها يعتبر بأخواتها وعماتها وبنات أعمامها) لقول ابن مسعود : لها مهر مثل نسائها لاوكس فيه ولا شطط ، وهن أقارب الأب ، ولأن الإنسان من جنس قوم أبيه ، وقيمة الشيء إنما تعرف بالنظر في قيمة جنسه

أما في غيرها فبغرق الأبدان بأن لا يعود إليها ، ولكل منهما فسخ الفاسد بغير حضور الآخر . وقيل بعد الدخول ليس له ذلك إلا بحضور الآخر . وعلم غير المتارك ليس شرطا لصحة المتاركة على الأصح ، وإنكار النكاح إن كان بمحضرتها فهو متاركة وإلا فلا . روى ذلك عن أبي يوسف . واختار الصغار قول زفر ، حتى لو حاضت ثلاث حيض من آخر الوالت قبل التفريق انقضت العدة ، وعندنا ما لم تحضها بعد التفريق أو المتاركة لم تنقض ، ويجب أن يكون هذا كله في القضاء ، أما فيما بينها وبين الله تعالى فإذا علمت أنها حاضت بعد آخر وطء ثلاثا ينبغي أن يحل لها الزوج فيما بينها وبين الله تعالى على قياس ما قلناه من نقل العتاني . وفي الفتاوى : لا يجب عدة الوفاة من النكاح الفاسد (قوله وتعتبر مدة النسب من وقت الدخول عند محمد ، وعليه الفتوى لأن النكاح الفاسد ليس بداع إلى الوطء والإقامة) أي إقامة العقد مقام الوطء (باعتباره) وهذا جواب عن قيامهما على الصحيح . وذكر في الأصل : تزوجت الأمة بغير إذن مولاهما ودخل بها وجاءت بولد لسته أشهر منذ تزوجها فادعاه المولى والزوج فهو ابن الزوج فاعتبره من وقت النكاح ولم يحك خلافا ، قال شيخ الإسلام : تأويل هذا أن الدخول كان عقيب النكاح بلا مهلة . قال في الغاية : قد اعتبروا العدة من وقت التفريق فكان الأحوط في النسب من وقت التفريق أيضا لامن وقت النكاح لأن العدة للنسب . قال شارح الكنز : هذا وهم لأنهم إنما اعتبروها من وقت النكاح لثبت نسبه بمجرد العقد إقامة للتمكن من الوطء بالشبهة مقام الوطء ، حتى لو جاءت بولد لسته أشهر من وقت العقد ولأقل منها من وقت الوطء ثبت نسبه كما في الصحيح ، ولا ينافي ذلك اعتبارها من وقت التفريق ألا يرى أنها لو جاءت بولد لأكثر من سنتين من وقت النكاح ولم يفارقها وهي معه ثبت نسبه ، ولو كان الاعتبار لوقت التفريق لأخبر لما ثبت ، وكذا لو فارقها بعد عشر سنين لا يمكن الاعتبار لوقت التفريق لاغير . ولو خلا بها ثم جاءت بولد ثبت نسبه منه ، ويجب المهر والعدة في رواية عن أبي يوسف . وعنه لا يثبت ولا يجب المهر ولا العدة وهو قول زفر ، وإن لم يحل بها لا يلزمه الولد له . والحاصل أنه يعتبر من وقت التفريق إذا وقعت فرقة وما لم تقع فن وقت النكاح أو الدخول على الخلاف (قوله لقول ابن مسعود : لها مهر مثل نسائها) قاله في المقوضة ، وقلنا تحريمه ، وقوله (وهن أقارب الأب) ليس من كلامه بل تفسير نسائها من المصنف بناء

وقوله (ويثبت نسب ولدها) ظاهر مما تقدم . قوله (وتعتبر مدة النسب من وقت الدخول عند محمد) وقال أبو حنيفة وأبو يوسف من وقت النكاح كما في النكاح الصحيح لأن حكم الفاسد يؤخذ من الصحيح والفتوى على قول محمد (لأن النكاح الفاسد ليس بداع إليه والإقامة باعتباره) أي إقامة النكاح مقام الوطء باعتبار أن النكاح داع إلى الوطء والنكاح الفاسد ليس بداع إليه فلا يقام مقامه ، وفي تعليقه هذا إشارة إلى قصاد قياس أبي حنيفة وأبي يوسف . قال (ومهر مثلها يعتبر بأخواتها وعماتها) اعلم أن مهر المثل يعتبر بعشيرتها التي من قبل أبيها كالأخوات والعمات وبنات الأعمام ، وقال ابن أبي ليلى : يعتبر بأبها وقوم أمها كالأخوات ونحوها لأن المهر قيمة بضع النساء فيعتبر بالقرابات من جهة النساء . ولنا قول ابن مسعود (لها مهر مثل نسائها وهن أقارب الأب)

(ولا يعتبر بأمرها وخالها إذا لم تكونا من قبيلتها) لما بينا . فإن كانت الأم من قوم أبيها بأن كانت بنت عمه فحينئذ يعتبر بمهرها لما أنها من قوم أبيها (ويعتبر في مهر المثل أن تتساوى المراتان في السن والجمال والمال والعقل والدين والبلد والعصر) لأن مهر المثل يختلف باختلاف هذه الأوصاف، وكذا يختلف باختلاف الدار والعصر قالوا : ويعتبر التساوى أيضا في البكارة لأنه يختلف بالبكارة والثبوبة (وإذا ضمن الولي المهر صح ضمانه) لأنه من أهل الالتزام وقد أضافه إلى ما قبله فيصح

على أن الظاهر من إضافة النساء إليها باعتبار قرابة الأب لأن الإنسان من جنس أبيه ولذا صحت خلافة ابن الأمة إذا كان أبو قرشياً ، وعلى هذا كان الأول إسقاط الواو في قوله ولأن الإنسان من جنس قوم أبيه ليكون وجه كون الإضافة المذكورة تمين كونهن أقارب الأب ظاهراً ، وهذا لأن جله وجهها مستقلاً يصح إلا أنه حينئذ لا يكون الدليل الأول مستلزماً للمطلوب لأن مجرد إضافة النساء إليها لا يستلزم كون النساء المضافة أقارب الأب ، بل كما يصح أن يقال لعلماتها وأخواتها تساوها يصح أن يقال لخالاتها أيضاً وأخواتها لأمرها فإنما يرجع جهة لإرادة الأب المقتمة المذكورة (قوله ويعتبر في مهر المثل أن تتساوى في الجمال) يعنى بمجرد تحقق القرابة المذكورة لا يثبت صحة الاعتبار بالمهر حتى تتساوى سناً وجمالاً ومالاً وبلداً وعصراً وعقلاً وديناً وبكارة وأدباً وكال خلق وعلم ولد وفي العلم أيضاً ، فلو كانت من قوم أبيها لكن اختلف مكانهما أو زمانهما لا يعتبر بمهرها لأن البلدين تختلف عادة أهلها في المهر في غلاته ورخصه ، فلو تزوجت في غير البلد الذي زوج فيه أقاربها لا يعتبر بمهرهن ، وقيل لا يعتبر الجمال في بيت الحسب والشرف بل في أوساط الناس وهذا جيد . وقالوا : يعتبر حال الزوج أيضاً أى بأن يكون زوج هذه كأزواج أمثالها من نساء في المال والحسب وعلمهما ، فإن لم تكن واحدة من قوم الأب بهذه الصفات فأجنبية موصوفة بذلك . وفي الخلاصة : ينظر في قبيلة أخرى مثلها ، أى مثل قبيلة أبيها . وعن أبي حنيفة : لا يعتبر بالأجنبيات ويجب حمله على ما إذا كان لها أقارب وإلا امتنع القضاء بمهر المثل . وفي المتنق : يشترط أن يكون المخير بمهر المثل رجلين أو رجلاً وامرأتين ويشترط لفظلة الشهادة ، فإن لم يوجد على ذلك شهود حلول فالقول قول الزوج مع يمينه . وفي شرح الطحاوى : مهر مثل الأمة على قدر الرغبة (قوله وإذا ضمن الولي المهر صح ضمانه) بقيد كون الضمان في الصحة أما في مرض الموت فلا لأنه تبرع لو ارثه في مرض موته

لأنه أضاف إليها وإنما يضاف إلى أقارب الأب لأن النسب إليه ، ولأن قيمة الشيء إنما تعرف بالرجوع إلى قيمة جنسه والإنسان من جنس قوم أبيه لا من جنس قوم أمه ، ألا ترى أن الأم قد تكون أمة والابنة تكون قرشية تبعاً لأبيها (ولا يعتبر بأمرها وخالها إذا لم تكونا من قبيلتها) بأن يكون أبوها تزوج بنت عمه فإن أمها وخالها تكون من قبيلتها . وقوله (لما بينا) إشارة إلى قوله وقيمة الشيء إنما تعرف بالنظر في قيمة جنسه . وقوله (ويعتبر في مهر المثل) ظاهر . وقوله (باختلاف الدار) أى البلد . وحاصله أن مهر المثل قيمة البضع وقيمة الشيء إنما تعرف بالرجوع إلى نظيره بصفته ، وللمراد بالنسب السن وقت التزوج (وإذا ضمن الولي المهر صح ضمانه) يعنى إذا زوج الولي ابنته وضمن لها المهر عن الزوج صح (لأنه من أهل الالتزام ، وقد أضاف الضمان إلى ما يقبل الضمان) وهو المهر لأن المهر دين والكفالة الضمان يصحان فيه . فإن قلت : يجوز أن يكون مراده أن الولي زوج ابنته الصغير وضمن عنه المهر للمرأة : قلت : ينبو عنه قوله ثم المرأة بالخيار وإن كانا في الصحة سواء ،

(ثم المرأة بالخيار في مطالبتها زوجها أو وليها) اعتبارا بسائر الكفالات، ويرجع الولي إذا أدى على الزوج إن كان بأمره كما هو الرسم في الكفالة، وكذلك يصح هذا الضمان وإن كانت الزوجة صغيرة، بخلاف ما إذا باع الأب مال الصغيرة وضمن الثمن لأن الولي سفير ومبصر في النكاح، وفي البيع عاقد ومباشر حتى ترجع العهدة عليه والحقوق إليه، ويصبح إبراءه عند أبي حنيفة ومحمد،

ويشمل ولي الصغير إذا تزوجه وضمن عنه وولي الصغيرة إذا تزوجها وضمن لها. وقوله (ثم المرأة بالخيار في مطالبتها زوجها أو وليها) هو على التقدير الثاني. وقوله (ويرجع الولي إذا أدى على الزوج إن كان ياذنه) يفيد أن الزوج أجنبي أو في حكمه كولد الكبير، وهذا لأنه لا يرجع إذا أدى عن ابنة الصغير فيا إذا تزوجه وضمن عنه للعرف بتحمل مهر الصغار، اللهم إلا أن يشهد أنه دفع ليرجع في أصل الضمان (قوله ثم المرأة بالخيار في مطالبتها) يعني إذا بلغت (زوجها) يعني إذا كان بالغاً، وإن لم يكن بالغاً فإنما مطالبة أبيه ضمن أو لم يضمن كما في شرح الطحاوي والتمتة، وذكرنا أنه إذا أدى لا يرجع مالم يشهد على اشتراط الرجوع في أصل الضمان، ولا يعني أن هذا مقيد بما إذا لم يكن للصغير مال. وهذا المذكور في المنظومة في باب جواب مالك من أنه يضمن الأب مهر ابنة الصغير بلا ضمان ونحن نخالفه بخلاف إطلاق شرح الطحاوي، وذكر في المصنف جوابه فقال: قلنا النكاح لا يتنقل عن لزوم المال إنما يتنقل عن إبقاء المهر في الحال، فلم يكن من ضرورة الإقدام على تزويجه ضمان المهر عنه، فهذا هو المعول عليه، وإن ضمن الوصي يرجع مطلقاً، فلم يرد الأب في صورة الضمان حتى مات فهي بالخيار بين أخذها من تركته وبين مطالبة زوجها، فإن اخارت التركة فأخذت أجزأنا لباقي الورثة الرجوع في نصيب الصغير، وقال زفر: ليس لم الرجوع لأن هذه الكفالة لم تتعد موجبة للضمان على الصغير لوقوعها بلا أمر من المكفول عنه، إذ لا يعتبر إذنه ولو أذن. وعن أبي يوسف كقوله فيها ذكره الولولجسي. قلنا: بل صدرت بأمر معتبر من المكفول عنه لثبوت ولاية الأب عليه، فإذا الأب إذن منه معتبر، وإقدامه على الكفالة دلالة على ذلك من جهته، بخلاف ما إذا أدى عنه في حياته لأن تبرع الآباء بالمهر معتاد، وقد انقضت الحياة قبل ثبوت هذا التبرع فيرجعون، وكذلك يرجعون إذا أدى في مرض موته، والمجنون كالعصبي في جميع ذلك، لأنه مولى عليه سواء كان الجنون أصلياً أو طارئاً، وإنما صح ضمان وليها إذا كان أباً أو جداً مع أنه المستحق لقبض صداقتها والمطالبة به لأن الولي في النكاح وإن باشر سفير كالوكيل به، بخلاف ماله باع مال الصغير لا يصح ضمانه الثمن لأنه مباشر فترجع الحقوق إليه حتى يطالب بالثمن ويخاصم في الرد بالعيب ويشتم المبيع ويصح تأجيله وإبرأؤه من الثمن عند أبي حنيفة ومحمد ويضمن مثله في ماله، فلو صح ضمانه كان ضماناً لنفسه مقتضياً مقتضى. فإن قيل: لا نسلم عدم رجوعها إليه في النكاح ألا يرى أن له المطالبة بمهرها. أجاب

وذكر في باب الويلية من شرح الطحاوي أن الأب إذا تزوج الصغير امرأة فظلمة أن تطالب بالمهر من أب الزوج فيؤدي الأب من مال ابنة الصغير وإن لم يضمن الأب باللفظ صريحاً، بخلاف الوكيل إذا تزوج فإنه ليس للمرأة أن تطالب الوكيل بالمهر مالم يضمن. وقوله (ثم المرأة بالخيار) ظاهر. وقوله (ويصح إبراءه) أي إبراء الأب المشتري وكذلك الوصي

(قوله ذكر في باب الويلية من شرح الطحاوي أن الأب إذا تزوج الصغير امرأة فظلمة) قيل: قال صاحب المنظومة فيباب فقوى مالك رحمه الله: ومنحك الابن الصغير يهرم صداقة بين الصبي وعدم وفي شرحه: زوج ابنة له صغيراً امرأة بمهر معلوم والابن فقير فالهر على الأب منه، وعندها لا إلا أن يضمن الأب له. وفي شرح الكاكي: الصغير إذا تزوج أبوه فظلمة أن تطالب الأب بالمهر وإن لم يضمنه

وذلك قبضه بعد بلوغه ، فلو صح الضمان بصير ضمانا لنفسه وولاية قبض المهر للأب بحكم الأبوة لا باعتبار أنه عاقد ، ألا ترى أنه لا يملك القبض بعد بلوغها فلا يصير ضمانا لنفسه . قال (وللرأفة أن تمتنع نفسها حتى تأخذ المهر وتمتعه أن يخرجها) أى يسافر بها ليتعين حقها في البذل كما تعين حق الزوج في الميثل فصار كالبيع ، وليس للزوج أن يمنعها من السفر والخروج من منزله وزيارة أهلها حتى يوفى المهر كله : أى المعجل منه

المصنف بقوله (وولاية قبض المهر للأب بحكم الأبوة لا باعتبار أنه عاقد) لأنه معتاد ولذا لا يملك قبضه بعد بلوغها إذا تمتعه صريحا ، أما إذا لم تمتعه فله المطالبة بخلاف البيع فإن له القبض بعد بلوغه دون الصبي . ثم لا يشترط إحصاء الزوجة لقبض الأب مهرها عندنا ، خلافا لفرق وأبي يوسف في قوله الأخير . وفي المرفئين لا يشترط ولم يذكر خلافا . وقدمنا في قبض مهر البكر البالغة فروعا استوفيناها في باب الأولياء والأحكام فارجع إليها ، وبما لم تذكره هناك لو قبض الأب المهر ثم ادعى الرد على الزوج ، إن كانت بكرا لم يصدق إلا بينة لأن له حق القبض وليس له حق الرد ، وإن كانت ثيبا يصدق لأن حق القبض ليس له ، فإذا قبض بأمر الزوج كانت أمانة عنده من الزوج فتقبل دعواه الرد كالمدود إذا قال رددت الودعة (قوله وللرأفة أن تمتنع نفسها من البخل بها ومن أن يسافر بها حتى يوفى المعجل مهرها ليتعين حقها في البذل كما تعين حق في الميثل) يعنى ولا يتعين حقها إلا بالتسليم ، وهذا التعليل لا يصح إلا في الصداق الدين ، أما العين كما لو تزوجها على صيد بعينه فلا لأنها بال عقد ملكته وتعين حقها فيه حتى ملكته عتقه . وقوله (أى المعجل منه) يتناول المعجل عرفا وشرطا ، فإن كان قد شرط تمجيل كله فلها الامتناع حتى تستوفيه كله أو بعضه قبضه ، وإن لم يشترط تمجيل شيء بل سكتوا عن تمجيله وتأجيله ، فإن كان عرف في تمجيل بعضه وتأخير باقيه إلى الموت أو الميسرة أو الطلاق فليس لها أن تجبس إلا إلى تسليم ذلك القدر . قال في فتاوى قاضيخان : فإن لم يبينوا قدر المعجل ينظر إلى المرأة وإلى المهر أنه كم يكون المعجل لمثل هذه المرأة من مثل هذا المهر فيعجل ذلك ولا يقتدر بالربح والخمس بل يعتبر المتعارف فإن الثابت عرفا كالتأجيل شرطا ، بخلاف ما إذا شرط تمجيل الكل إذ لا عبرة بالعرف إذا جاء المبرع بخلافه ، ومثل هذا في غير نسخة من كتب الفقه ، فإوقع في غاية البيان من إطلاق قوله فإن كان يعنى المهر بشرط التمجيل أو مسكوتا عنه يجب حالا ، ولها أن تمتنع نفسها حتى يعطى المهر ليس يواقع ، بل المعتر في المسكوت العرف . وهذا للأب أن يسافر باليكر قبل إيفائه . في الفتاوى : رجل زوج بنته البكر البالغة ثم أراد أن يتحول إلى بلد آخر بعياله فله

(وملك قبضه) أى يملك الأب قبض الثمن بعد بلوغ الصغير . وقوله (وولاية قبض المهر للأب بحكم الأبوة) جواب عما يقال إن الأب يملك قبض الصداق أيضا كالوكيل يملك قبض الثمن ، فلو صح الضمان صار ضمانا لنفسه ، وذلك لا يجوز هناك فكذلك في الأب . وقوله (وللرأفة أن تمتنع نفسها) أى إذا تزوج امرأة على مهر فلها أن يكون المهر كله معجلا أو مؤجلا ، أو بعضه معجلا وبعضه مؤجلا ، فإن كان الكل معجلا فلها أن تدخل بها أو لم يدخل ، فإن لم يدخل بها فللرأفة أن تمتنع نفسها (حتى تأخذ المهر ولها أن تمتنع عن إخراجها) إلى السفر (ليتعين حقها في البذل) وهو المهر (كما تعين حق في الميثل) وهو البضع (فصار كالبيع) في أن البائع له أن يجبس المبيع حتى يأخذ الثمن تسوية بين البائعين في التمين (وليس للزوج أن يمنعها من السفر والخروج من

لأن حق الحبس لاستيفاء المستحق ، وليس له حق الاستيفاء قبل الإيفاء ، ولو كان المهر كله مؤجلا ليس لها أن تمتنع نفسها لإسقاطها حقها بالتأجيل كما في البيع .

أن يحملها معه وإن كره الزوج ، فإن أعطاهها المهر كان له أن يحبسها (قوله وليس له حق الاستيفاء) كل من الزوج والمرأة له حق الاستيفاء وعليه إيفاء ، فكأن أن له استيفاء منافع البضع وعليه إيفاء المهر كذلك لما استيفاء المهر وعليه إيفاء منافع بضعها ، وحسب قد قلب هذا للدليل فيقال : ليس لها حق استيفاء المهر قبل إيفاء منافع البضع . والجواب أن هذا وقع في تعليل حبسه إياها لأن ثبوته له للاستيفاء فعل هذا كل منهما لو طولب بإيفاء ما عليه كان له الامتناع إلى استيفاء ماله ويستلزم تمام الحقوق وفوات المقصود ، مثلا لو طالبا بإيفاء الدخول فقالت حتى أستوفى المهر فكان له أن يقول لا أوفيه حتى أستوفى منافع البضع وهي تقول مثله لزم ما ذكرنا . والصواب أن هذا التعليل بعد الإلحاق بالبيع وأن البضع كالبيع والمهر كالتنقيص لعلمت أن في بيع المقايضة لكل منهما الامتناع فيقال لهما سلما معا ، ومثله لا يتأتى في النكاح إذا كان المهر عبدا معينا مثلا ولا في بيعية الخطوة لإطلاق الجواب بأن لها الامتناع إلى أن تقبض . هذا ولو كانت الزوجة صغيرة فطلوب منها عن الزوج إلى أن يعطى المهر ، ولو تزوجها غير الأب والجد كالمم وهو صغيرة ليس له أن يسلمها إلى الزوج قبل قبض الصداق ويقبضه من له ولاية القبض ، فإن سلمها فالتسليم فاسد وترد إلى بيتها لأنه ليس للمم ولاية إبطال حقها ، وكذا في التجنيس في رمز واقعات التنافي . ولو ذهبت الصغيرة إلى بيته بنفسها كان لمن كان أحق بإسقاطها قبل الزوج أن يمنعه حتى يعطيه ويقبضه من له ولاية القبض لأن هذا الحق ثابت للصغيرة وليست هي من أهل الرضا .

[فرع] إذا كان يسكن في بيت النصب لما أن تمتنع من الذهاب إليه فيه ولا تسقط به فقها (قوله ولو كان المهر كله مؤجلا) مدة معلومة أو قليلة الجهالة كالحصاة ونحوه ، بخلاف ذلك في البيع ، وبخلاف المتأخرات كإلى ميسرة وهبوب الربح حيث يكون المهر حالا (ليس لها أن تمتنع نفسها) قبل الحلول ولا بعده لأن هذا العقد ما أوجب لها حق الحبس فلا يثبت بعده ، وكذا لو أجلته بعد العقد مدة معلومة (لإسقاطها حقها بالتأجيل)

منزله وزيارة أهلها حتى يوفىها المهر كله لأن حق الحبس لاستيفاء المستحق وليس له حق الاستيفاء قبل الإيفاء وإن دخل بها فتركه وإن كان الكل مؤجلا ، فلما أن دخل بها أو لم يدخل ، فإن لم يدخل بها فليس لها أن تمتنع نفسها لأنها أسقطت حقها بالتأجيل ، وفيه خلاف أبي يوسف قال : موجب النكاح عند الإطلاق تسليم المهر ولو كان عينا كان أو دينا ، فحين قبل الزوج الأجل مع علمه بموجب العقد فقد رضى بتأخير حقه إلى أن يوفى المهر بعد حلول الأجل ، وبه فارق البيع لأن تسليم الثمن أولا ليس من موجبات البيع لعمالة ، ألا ترى أن البيع لو كان مقايضة لم يجب تسليم أحد البديلين أولا فلم يكن المشتري راضيا بتأخير حقه في البيع إلى أن يوفى الثمن . وقوله (لإسقاطها حقها بالتأجيل) فإطلاقه يشير إلى أنه ليس لها المنع لا قبل حلول الأجل ولا بعده . وهو ظاهر الرواية ، أما قبل الحلول فظاهر ، وأما بعده فلأن هذا العقد ما أوجب حق الحبس فلا يثبت بعده ، وفي هذا

أن ما أجله وأطلقه الكاشي هو ما نقله للشارح أكل الدين في النقل فلا يتوجه حديث مخالفة حديث (قوله قال موجب النكاح عند الإطلاق البيع) أقول : يفتى من التصجيل والتأجيل (قوله تسليم المهر أولا عينا كان أو دينا) أقول : منبر ، فإن ساسب الغاية نقل من المهر ، أنه إذا كان المهر عينا يتأجيل كان في بيع المقايضة . ثم أقول : إن كان المراد بالدين في قوله أو دينا هو القوام والمقتدر كما هو الظاهر ، فلا يقاس حال

وفيه خلاف أبي يوسف . وإن دخل بها ففكلك الجواب عند أبي حنيفة وقالوا : ليس لها أن تمتنع نفسها . والخلاف فيما إذا كان الدخول برضاها حتى لو كانت مكروهة أو كانت صبية أو مجنونة فلا يسقط حقها في الحبس بالاتفاق ، وعلى هذا الخلاف الخلوة بها برضاها . ويبقى على هذا استحقاق النفقة . ولها أن المقود عليه كله قد صار مسلما إليه بالوطأة الواحدة وبالخلوة ، ولهذا يتأكد بها جميع المهر فلم يبق لها حق الحبس ، كالبائع إذا سلم المبيع . وله أنها منعت منه ما قابل البذل لأن كل وطأة تصرف في البضع المحترم فلا يحل عن العرض إبانة لخطره والتأكد بالواحدة بجهالة ما وراءها فلا يصلح مزاجا للمعلوم ، ثم إذا وجد آخر وصار معلوما تحققت الزاحمة وصار المهر مقابلا بالكل ، كالعبد إذا جنى جنابة يدفع كله بها ، ثم إذا جنى جنابة أخرى وأخرى يدفع بجميعها ، وإذا أوفاهها مهرها

كما في البيع إذا أجل الثمن ليس له منع المبيع إلى غاية القبض (وفيه خلاف أبي يوسف) فيما رواه الملق عنه لأن موجب النكاح تسليم المهر أو لا ، فلما رضى بتأجيله كان راضيا بتأخير حقه لئله بموجب العقد ، بخلاف البيع فإن تسليم الثمن أولا ليس من موجباته كما في المقايضة . واختار أبو الواسطي القنوي به ، وهذا إذا لم يشترط الدخول في العقد قبل الحلول ، فإن شرطه فليس لما الامتناع بالاتفاق (قوله وإن دخل بها) قبل الإيفاء راضية وهي ممن يعثر برضاها (فكذلك عند أبي حنيفة رحمه الله) أي لها حبس نفسها حتى تستوفي المهر خلافا لها . وأجمعوا أنه لو دخل بها كارهة أو صغيرة أو مجنونة بلغت وصحت وزال الإكراه يكون لها حبس نفسها بعده (وعلى هذا الخلاف الخلوة بها برضاها) لا تسقط حقها في حبس نفسها عنده خلافا لها (قوله وإذا أوفاهها مهرها) أو كان

الوجه إذا لم يكن لها حق المنع قبل الدخول عند أبي حنيفة ومحمد فلا يكون لها ذلك بعده أولى . قوله (وإن دخل بها) يعني في الوجه الأول (فكذلك الجواب عند أبي حنيفة) يعني للمرأة أن تمتنع نفسها حتى تأخذ المهر . وقالوا : ليس لها ذلك إذا كان الدخول برضاها ، أما إذا كانت مكروهة أو صبية أو مجنونة فلا يسقط حقها في الحبس بالاتفاق (وعلى هذا الخلاف الخلوة بها) إن كانت (برضاها) فعل الاختلاف وإن كانت بغير رضاها لم يسقط حقها بالاتفاق (ويبقى على هذا استحقاق النفقة) تستحقها مدة المنع عنده لأنه منع بحق ولا تستحقها عندها لأنها ناشئة (لها أن المقود عليه كله قد صار مسلما إليه بالوطأة الواحدة وبالخلوة ولهذا يتأكد بها جميع المهر) وتسليمه يبقى حق الحبس كالبائع إذا سلم المبيع . وقوله (وله أنها منعت منه) جاز أن يكون مناقضة ، وتقريره : إنا لا نسلم أن المقود عليه كله قد صار مسلما إليه بالوطأة الواحدة فإنها منعت منه (ما قابل البذل لأن كل وطأة تصرف في البضع المحترم) وإذا كان كذلك لا يتحقق تسليم كله ، وجاز أن يكون معارضة وتقريره أنها منعت منه ما قابل البذل لأن كل وطأة تصرف في البضع المحترم ، والتصرف فيه لا يحل عن البذل إبانة لخطره والمنع عما يقابل البذل صحيح . وقوله (والتأكد بالواحدة) أي بالوطأة الواحدة جواب عن قولها ولهذا يتأكد بها جميع المهر وهو واضح ، وإن كان بعضها معجلا وبعضه مؤجلا كان لها أن تخرج قبل أداء المعجل ، فإذا أدى لم يكن لها ذلك إلا بإذنه . فإن قلت : فإن سموا المهر ساكتين عن التعجيل والتأجيل ماذا يكون حكمه ؟ قلت : يجب حالا ، وقد أشير إلى ذلك في دليل أبي يوسف أنهما فيكون حكمهما شرط تعجيله (وإذا أوفاهها مهرها

شرط التأجيل على حال الإطلاق (قوله فإن قلت : فإن سموا المهر ساكتين عن التعجيل والتأجيل ماذا يكون حكمه ؟ قلت : يجب حالا)

نقلها إلى حيث شاء لقوله تعالى - أسكنوهن من حيث سكنتم - من وجدكم ، وقيل لا يخرجها إلى بلد غير بلدها لأن الغريب يؤذى (وفي قرى المصر القريبة لانتحى القرية . قال (ومن تزوج امرأة ثم اختلفا في المهر فاقول قول المرأة إلى مهر مثلها ، والقول قول الزوج فيما زاد على مهر المثل ، وإن طلقها قبل الدخول بها فاقول قوله في نصف المهر ، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف : القول قوله قبل الطلاق وبعده إلا أن يأتي بشيء قليل ، ومعناه مالا يتعارف مهرها

موجباً (نقلها إلى حيث شاء) من بلاد الله ، وكلما إذا وطئها برضاها عندها (وقيل لا يخرجها إلى بلد غير بلدها لأن الغريب يؤذى) واختاره الفقيه أبو الليث ، قال ظهير الدين المرفياني : الأخذ بكتاب الله أولى من الأخذ بقول الفقيه : يعنى قوله تعالى - أسكنوهن من حيث سكنتم - وأقوى كثير من المشايخ بقول الفقيه لأن النص مقيد بعدم المضارة بقوله تعالى - ولا تضاروهن - بعد - أسكنوهن - والنقل إلى غير بلدها مضارة فيكون قوله تعالى - أسكنوهن من حيث سكنتم - مما لا مضارة فيه وهو ما يكون من جوانب مصرها وأطرافه ، والقرى القريبة التي لا تبلغ مدة سفر فيجوز نقلها من المصر إلى القرية ومن القرية إلى المصر . وقال بعض المشايخ : إذا أوافها المصجل والمؤجل وكان رجلاً مأموراً فله نقلها (قوله ومن تزوج امرأة ثم اختلفا) الاختلاف في المهر إما في أصله أو في قدره وكل منهما إما في حال الحياة أو بعد موتها أو بعد موت أحدهما ، وكل منهما إما بعد الدخول أو قبله ، فإن اختلفا في حال الحياة في قدره بعد الدخول قبل الطلاق أو بعده حكم مهر المثل ، فمن كان من جهة كان القول له مع يمينه ، وإن لم يكن من جهة أحد بأن كان بين الدعويين تحالف ويعطى مهر المثل ، هذا قول أبي حنيفة ومحمد على تخريج الرأزي ، وعلى تخريج الكرخي يتحالفان في القصول كلها ويحكم مهر المثل . وقال أبو يوسف : القول للزوج مع يمينه في الكل إلا أن يأتي بشيء قليل ، وفسره المصنف وجماعة بأن يذكر مالا يتعارف مهرها .

نقلها إلى حيث لقوله تعالى - أسكنوهن من حيث سكنتم - وقيل لا يخرجها إلى بلد غير بلدها (وهو قول الفقيه أبي الليث) لأن الغريب يؤذى (قال ظهير الدين المرفياني : الأخذ بقول الله تعالى أولى من الأخذ بقول الفقيه أبي الليث . ورد بأن الفقيه هو الذي أخذ بقول الله تعالى لأن قوله - من حيث سكنتم - دليل مخصوص بدليل مستقل مقارن وهو قوله - ولا تضاروهن - (وفي قرى المصر القريبة لانتحى القرية) سئل أبو القاسم الصفار عن يخرجها من المدينة إلى القرية ومن القرية إلى المدينة فقال : ذلك تبوئة وليس بسفر ، وإخراجها من بلد إلى بلد سفر وليس بتبوة . قال (ومن تزوج امرأة ثم اختلفا في المهر هذه المسئلة على وجهه ، لأن الاختلاف إما أن يكون في حياتهما أو تختلف الورثة بعد مماتهما أو يكون بعد موت أحدهما ، فإن كان في حياتهما فلما أن يكون قبل الطلاق أو بعده . وكل ذلك على وجهين : إما أن يكون الاختلاف في أصل التسمية أو في مقدار المسمى ، أما إذا كان الاختلاف في حال قيام النكاح أو بعد الفراق بعد الدخول أو بعد موت أحدهما فاقول قول المرأة إلى تمام مهر مثلها أو ورثتها ، والقول قول الزوج أو ورثته في الزيادة في قول أبي حنيفة ومحمد ، وكلامه في تحرير المذاهب ظاهر . وقوله

أقول : وفي الغاية في الوفاة : تزوجها نخل مهر فأرادت منع نفسها . حتى تأخذ المهر كله ليس لها في عرفنا لأن البعض سجيل والبعض موجب في عرفنا والعرف كالشروط ، ويعظمكم يكون المصجل مثل هذه المرأة من مثل هذا المهر ، وتم يكون المؤجل من ينفق بالعرف إلا أن يشترط تجهيل الكل في العقد ، وهكذا في ضاوي قاضيخان وغيره . وفي الإسيدي : إن كان المهر - سجيلاً أو مسكوكاً - فإنه يجب حالا ، لأن النكاح عقد ملازمة وقد تبين حقه في الزوجة فوجب أن يتعين حقها وذلك بالتسليم له . ثم أقول : فظهر أن جواب الشارح

هو الصحيح . لأن يوسف أن المرأة تدعى الزيادة والزواج ينكر والقول قول المنكر مع يمينه إلا أن يأتي بشيء . يكذبه الظاهر فيه . وهذا لأن تقوم منافع البضع ضروري ، ففي أمكن لإيجاب شيء من المسمى لا يصار إليه . ولهذا أن القول في الدعاوى قول من يشهد له الظاهر ، والظاهر شاهد لمن يشهد له مهر المثل لأنه هو الموجب الأصلي في باب النكاح ، وصار كالصباغ مع رب الثوب إذا اختلفا في مقدار الأجر يحكم فيه القيمة الصغرى .

وقوله (هو الصحيح) احتراز عن قول من قال أن يذكر ما لا يصلح مهرا شرعا : أعني أن يذكر ما دون العشرة لأنه ذكر هذا اللفظ في البيع فيما إذا اختلفا في الثمن بعد الحلاك فالقول للمشتري إلا أن يأتي بشيء مستنكر وليس في الثمن تقدير شرعى . وقد يقال : ذلك لصحة كون الاستنكار بذلك الطريق لعدم تصور المستنكر بطريق آخر ، أما هنا فكما يتصور المستنكر عرفا يتصور شرعا . ويجب أن المستنكر شرعا داخل في المستنكر عرفا ، فإن ما يستنكر شرعا يستنكر عرفا ولا عكس ، فحيث اعتبرناه عرفا فقد اعتبرناه شرعا وزيادة ، فصار الحاصل من قولنا إن ما يستنكر مطلقا لا يكون القول قوله فيه سواء كان عرفا أو شرعا ، ولأنه لو كان شرعا لم يتحقق لأنه إذا ادعى خمسة كملت عشرة ولغا كلامه لأن العشرة في كونه مهرا شرعا لا يتجزأ وتسمية بعض ما لا يتجزأ شرعا كسمية كله فلا يتصور حينئذ أن يأتي بالمستنكر ، وليس هذا بشيء لأن عدم تصحيح الخمسة مثلا وجعل القول قوله وتكميلها عشرة هو لإثباته بما يستنكر فقد تصور . ورجح الويرى تفسير هؤلاء البعض بأنه ذكر في الرجوع عن الشهادة لو ادعى أنه تزوجها على مائة وهى تدعى ألفا ومهر مثلها ألف وأقام البينة ثم رجع الشهود لا يضمنون عند أبي يوسف ، لأنه لو لا الشهادة لكان القول قوله ، ولم يحمل المائة مستنكرا في حقها : يعنى مع أن تسمية العشرة مستنكرة فيمن قيمتها عشرة أمثالا . وإن اختلفا بعد الطلاق قبل الدخول حكم متعة مثلها على التفصيل المذكور في تحكيم مهر المثل على رواية الجامع الكبير ، ويجب نصف ما يدعيه الرجل بعد يمينه عليه على ما في الأصل والجامع الصغير . وقال أبو يوسف : القول للزوج إلا أن يأتي على ما مر ، ولا خلاف بينهم في أن القول قول من يشهد له الظاهر على ما عرف في غير موضع ، وكما يفيد قول المصنف في التعبير عن أبي يوسف إلا أن يأتي بشيء يكذبه الظاهر ففى كون القول لانتفاء الظاهر معه ، وإنما اختلفوا الاشتباه الظاهر ههنا أنه مع من ، فقالا مع من يشهد له مهر المثل لأن الغالب في المسمى في الأنكحة أن لا يكون أقل منه . وهذا أوجه من قول المصنف لأنه الموجب الأصل لأن كونه يفيد الظهور لمن هو من جهته ليس بذلك الاعتبار بل بما ذكرنا . وقال أبو يوسف مع من يشهد له الأصل ببراءة التهمة وإنما اعتبر الشاهد هنا بمهر المثل لأنه القيمة الضرورية للبضع إذ كان ليس مالا ، وإنما يتقوم إظهارا لشرفه فيقتدر بقدر الضرورة وهى فيها إذ لم يتيقن بثبوت مسمى ، وهنا

(هو الصحيح) احتراز عن قول بعض مشايخنا في تفسير قول أبي يوسف : إن المراد به ما يكون دون العشرة فإنه مستنكر شرعا لأنه لا مهر أقل من عشرة دراهم ، والأصح أن مراده أن يدعى شيئا قليلا يعلم أنه لا يزوج مثل تلك المرأة على ذلك المهر عادة فإنه ذكر هذا اللفظ في البيع أيضا إذا اختلفا في الثمن بعد هلاك السلعة ، فالقول قول المشتري إلا أن يأتي بشيء مستنكر وليس في الثمن تقدير شرعا . وقوله (لا يصار إليه) أى إلى مهر المثل .

مؤلف لما ذكره الإيجائي وخالف لائر الكتب (قال المصنف : ولهذا ، إلى قوله : لمن يشهد له مهر المثل لأنه هو الموجب الأصلي في باب النكاح) أهـ : هذا خالف لما سبق قبل ورقة فراجع ، ويحرم في قول نزل : والمصلح جائز من دعوى الأموال أن مهر المثل هو الموجب الأصل

ثم ذكر ههنا أن بعد الطلاق قبل الدخول القول قوله في نصف المهر ، وهذا رواية الجامع الصغير والأصل ، وذكر في الجامع الكبير أنه يحكم بمئة مثلها وهو قياس قولهما لأن المنة موجبة بعد الطلاق كهر المثل قبله فتحكم كهر . ووجه التوفيق أنه وضع المسئلة في الأصل في الألف والألفين ، والمنة لا تبلغ هذا المبلغ في العادة فلا يفيد تحكيمها ، ووضعها في الجامع الكبير في العشرة والمائة ومئة مثلها عشرون فيفيد تحكيمها ، والمذكور في الجامع الصغير ساكت عن ذكر المقدار فيحمل على ما هو المذكور في الأصل . وشرح قولهما فيما إذا اختلفا في حال قيام النكاح أن الزوج إذا ادعى الألف والمرأة الألفين ، فإن كان من مهر مثلها ألفا أو أقل فالقول قوله ، وإن كان ألفين أو أكثر فالقول قولها ،

تيقناه وهو ما أقر به الزوج فيكون القول له ، ويحلف على نفي دعواها ، وصار كالاختلاف في قدر المسمى في الإجارة كالقصاص ورب الثوب لا يصار إلى تحكيم أجرة المثل لأن تقوم المنافع ضروري فلم يصر إليه حيث أمكن المصير إلى المسمى فكان القول لمن يدعى الأقل فكلنا هذا ، وهما يقولان تقومه شرعا لإظهار الخطر يوجب الرجوع إليه عند التردد في المسمى لا يفيقه ، بل هو أحق من التقوم الذي ثبت بسبب المالية لأن ذلك يقبل الإبطال بخلاف هذا ، وأما القصاص ورب الثوب إذا اختلفا في الأجرة فليس لعمله موجب في الأجر بدون التسمية ليصار إلى اعتباره وللتكاح موجب فهو أشبه باختلاف الصباغ ورب الثوب في المقدار عما ذكره فيه تحكيم قيمة الصبغ . وأما قوله تيقنا التسمية وهي ما أقر به الزوج فليس بذلك بل المتيقن أحدهما غير عين (قوله ثم ذكر هنا) أي في الجامع الصغير أن لا فرق بين ذلك وعدم التسمية حيث تملز القضاء بأحدهما عينا (قوله ثم ذكر هنا) أي في الجامع الصغير أن القول للزوج في نصف المهر إذا طلقها قبل الدخول وكلنا في الأصل . وفي الجامع الكبير تحكيم المنة وقد قلناه . ووجه التوفيق ظاهر من الهداية . وحاصله يرجع إلى وجوب تحكيم المنة إلا في موضع يكون ما اعترف به أكثر منها فيؤخذ باعتباره ويعطى نصف مهر المثل . ووجه ما ذكر أن المنة موجبة بعد الطلاق قبل الدخول فتحكم كهر المثل ، وقد يمنع بأن المنة موجبة : فيما إذا لم يكن فيه تسمية وهنا اتفاق على التسمية فقلنا يبقاه ما اتفقا عليه وهو نصف ما أقر به الزوج ، ويحلف على نفي دعواها الزائد ، وعلى هذا فلا يتم ذلك التوفيق بل يتحقق الخلاف . ولهذا قيل : في المسئلة روايتان ، لكن ما ذكر في جواب قول أبي يوسف آتفا يذهب قوله وشرح قولهما (إذا ادعى ألفا وهي ألفين ومهر مثلها ألف أو أقل فالقول له مع يمنة بالله ما تزوجتها على ألفين ، فإن حلف لزمه ما أقربه

وقوله (وهو قياس قولهما) أي قول أبي حنيفة ومحمد وإنما خصهما بالذكر لأن عند أبي يوسف القول قول الزوج في جميع الصور . وقوله (لأن المنة موجبة بعد الطلاق) أي موجب العقد إذا كان الطلاق قبل الدخول (كهر المثل قبله) أي قبل الطلاق (فتحكم) المنة بعد الطلاق كهر المثل قبله . وقوله (ووجه التوفيق) أي بين رواية الجامع الكبير وبين روايتي المبسوط والجامع الصغير وهو واضح . وقوله (فالقول قوله) يعني مع البين لأن الأصل في الدعاوى أن يكون القول قول من يشهد له الظاهر مع يمنة ، وإن نكل يقضى عليه بأبني درهم كما لو أقر لأن النكول إقرار (وإن كان ألفين أو أكثر فالقول قولها) أي مع يمنة لأن الزوج يدعي عليها الخط وهي تنكر ، فإن نكلت يقضى بأبني درهم لأنها أقرت بالخط ، وإن حلفت يقضى لها بأبني درهم ألف بطريق التسمية لاتفاقهما على تسمية الألف وألف باعتبار مهر المثل ، وغائلة هذا أنه يغير الزوج في هذا الألف إن شاء

(قوله لأن النكول إقرار) قول : عند أبي يوسف ومحمد فلا ينتسب قول أبي حنيفة ، والأظهر أن يقال إقرار أو نكل .

وأيهما أقام البينة في الوجهين تقبل . وإن أقاما البينة في الوجه الأول تقبل بينهما لأنها تثبت الزيادة . وفي الوجه الثاني يثبت لأنها تثبت الحط . وإن كان مهر مثلها ألفاً وخمسةائة تحالفاً ، وإذا حلفا يجب ألف وخمسةائة .

تسمية : أي لا يتخير فيها بين أن يعطيها دراهم أو قيمتها ذهباً ، وإن نكل لزمه ألفان مسمى لأن النكول إقرار أو بدل على الخلاف وكلاهما يقتضيه تسمية ، وإن كان مهر مثلها ألفين أو أكثر فالقول لها مع يمينها بالله مآثر وجهه على ألف ، وإن نكلت فلها ما أقر به تسمية لإقرارها به ، وإن حلفت فلها ما ادعت قدر ما أقر به تسمية لافاقهما عليه ، والزائد يحكم مهر المثل يتخيره في الزوج بين الدراهم والذهب لأن يمينها للبع الحط الذي يدعيه هو ، ثم وجوب الزائد بحكم أنه مهر المثل وأيهما أقام البينة قبلت في الوجهين فيها يدعيه هو تسمية ، فإن أقاماها فيبنتها أولى في الوجه الأول لإثباتها الزيادة ، وبيته في الثاني لإثباتها الحط . ونص محمد في هذا أن بينهما أولى لإثباتها الزيادة كالفصل الأول ، كذا في جامع قاضيهان . وجه الأول أن الزيادة ثابتة بحكم مهر المثل ، وإنما أثبتت بينتها تعينها دراهم وذلك وصف في الثابت وبيته مثبتة ، بخلاف الظاهر وهو الحط فهي المثبتة للزيادة بطريق الأصالة فكانت أكثر إثباتاً من المثبتة للوصف ، وإن كان مهر مثلها بين الدعويين ألفاً وخمسةائة ، فإن لم يكن لها بينة تحالفاً وأيهما نكلا لزمه دعوى الآخر . وما وقع في النهاية من أن الزوج إذا نكل يلزمه ألف وخمسةائة كأنه غلط من الناسخ . وإن حلفا يجب مهر المثل قدر ما أقر به تسمية والزائد غير فيه ، فإن أقام أحدهما البينة ثبت ما يدعيه مسمى ، وإن أقاماها تبارتا في الصحيح لاستوائهما في الإثبات والدعوى ، ثم يجب مهر المثل ويخير فيه كله لأن بينة كل منهما تنفي تسمية الآخر فضلاً عن العقد عن التسمية فيجب مهر المثل ، بخلاف التحالف لأن وجوب قدر ما يقر به الزوج بحكم الاتفاق . وذكر قاضيهان أنه كفضل التحالف ، هذا كله تخريج الرازي وقد ذكرنا أن على تخريج الكرخي يتحالفان في القصول كلها ثم يحكم مهر المثل بعد ذلك ، والأحسن أن يقال : يتحالفان ثم يعطى مهر المثل . واختاره صاحب الميسر وغيره من المتأخرين لأن ظهور مهر المثل عند عدم التسمية ، وباتخاذ التحالف يقتضي بين كل دعوى صاحبه في العقد بلا تسمية فيجب حينئذ مهر المثل . وقال قاضيهان : ما قاله الرازي أولى لأننا لا محتاج إلى مهر المثل للإيجاب ، بل ليعين من يشهد الظاهر فيكون القول مع يمينه

أعطى الدرهم ، وإن شاء أعطى الدنانير (وأيهما أقام البينة في الوجهين) أي فيها إذا شهد مهر المثل للزوج وفيها إذا شهد مهر المثل للمرأة (تقبل ، وإن أقاما البينة في الوجه الأول) وهو ما إذا كان مهر المثل شاهداً للزوج (تقبل بينتها لأنها تثبت الزيادة وفي الوجه الثاني) وهو ما إذا كان مهر المثل شاهداً للمرأة (تقبل) بيته لأنها تثبت الحط (والأصل في هذا أن البينة تثبت ما ليس بثابت ظاهراً) (وإن كان مهر مثلها ألفاً وخمسةائة تحالفاً) لأن الزوج يدعي عليها الحط عن مهر المثل وهي تنكر ، والمرأة تدعي عليه الزيادة وهو ينكر ، وينبغي أن يفرغ القاضي بينهما في البداية لاستوائهما ، فإن نكل الزوج يقضى بألف وخمسةائة كما لو أقر بذلك صريحاً ، وإن نكلت المرأة وجب المسمى ألف لأنها أقوت بالحط ، وإن حلفا جميعاً وجب ألف وخمسةائة ألف بطريق التسمية لا بخير الزوج فيها لافاقهما على تسمية الألف وخمسةائة باعتبار مهر المثل يتخير فيها الزوج ، وأيهما أقام البينة قبلت بيته ، وإن أقاما يقضى بألف وخمسةائة ألف بطريق التسمية وخمسةائة باعتبار مهر المثل لأن البيتين بطلتا لمكان التعارض ،

(قوله فإن نكل الزوج يقضى بألف وخمسةائة) أقول : بل يقضى بألفين على ما مرث أنه أيما نكل لزمه دعوى الآخر .

هنا تخرج الرازي . وقال الكرخي : يتحالفان في الفصول الثلاثة ثم يحكم مهر المثل بعد ذلك ، ولو كان الاختلاف في أصل المسمى يجب مهر المثل بالإجماع لأنه هو الأصل عندهما ، وعنده تعلق القضاء بالمسمى فيصير إليه ، ولو كان الاختلاف بعد موت أحدهما فلهو باب فيه كالجواب في حياتهما لأن اعتبار مهر المثل لا يسقط

فلا حاجة إلى التحالف ، ويقرر في التحالف للائتناء استحبابا ، ولو بدأ بأيهما كان جاز . وقال القلوري في شرح كتاب الاستحلاف : يبدأ يمين الزوج لأنه كالشترى والمهر كالمشترى ، وفي التباين يبدأ يمين المشتري وإليه ذهب الإجماع (قوله ولو كان الاختلاف في أصل المسمى) في حال الحياة بأن ادعاه أحدهما ونقاه الآخر (يجب مهر المثل بالإجماع) ولو كان بعد الطلاق قبل الدخول نجب المنة بالاتفاق (لأنه هو الأصل عندهما) أي عند أبي حنيفة ومحمد ، وعند أبي يوسف تعلق القضاء بالمسمى لأن القول ينكر التسمية مع يمينه فيصير إلى مهر المثل . واستشكل كون مهر المثل هو الأصل عند محمد بل هو مع أبي يوسف في أن المسمى هو الأصل على ما صرح هو به في مسألة ما إذا تزوجها على هذا العبد أو على هذا العبد وأحدهما أو كس . وما ذكر من إيجابه مع أبي حنيفة مهر المثل لا يستلزم كونه بناء عليه فقد أشرنا إلى أنه ليعرف من معه الظاهر بناء على أن العادة كون المسمى لا يقتصر عن مهر المثل إلا نادرا ، لكننا منعنا في تلك المسئلة اختلافهم في أن الأصل هو مهر المثل بل الاتفاق عليه ، ولا ينتفي بذلك الخلاف ، فلا يشكل على هذا كون الأصل مهر المثل عند محمد هنا كما هو عند أبي حنيفة ، بل الأولى أن يعطى لكل به والمسئلة اتفاقية (قوله ولو كان الاختلاف بعد موت أحدهما ، فالجواب فيه كالجواب في حياتهما) أي حال قيام النكاح في الأصل والمقدار ، ومن كان القول له لو كان حيا يكون القول لورثته . وفي الأصل يجب مهر المثل بعد الدخول وقبله بعد الطلاق المنة لأن اعتبار مهر المثل لا يسقط بموت

ونص محمد في هذا الفصل أن بينة المرأة أولى لإثباتها الزيادة . وذكر الإمام المحبوبي بعد ذكر وجوب مهر المثل فيها إذا تحلفا فقال ثم إذا تحلفا يبدأ يمين الزوج لأنه أبيضها إنكارا وإن أقاما البينة فالبينه بينة المرأة لأنها تثبت الزيادة والبينه مشروعة للإثبات (هنا تخرج الرازي . وقال الكرخي : يتحالفان في الفصول الثلاثة) على قول أبي حنيفة ومحمد ، وهو أن يكون مهر المثل شاهدا له أو شاهدا لها أو كان بينهما ، ثم يصار إلى مهر المثل لأنهما اتفقا على أصل التسمية ، والتسمية الصحيحة تمنع المصير إلى مهر المثل ، وإذا حلفا تعلق التسمية فيحكم مهر المثل . قول أبي بكر أصح لأن تحكم المهر ليس لإيجاب مهر المثل ، وإنما هو لمعرفة من يشهد له الظاهر ، ثم الأصل في الدعاوى أن القول قول من يشهد له الظاهر مع يمينه (ولو كان الاختلاف في أصل المسمى) بأن ادعى أحدهما التسمية وأنكر الآخر كان القول قول من ينكر التسمية (ويجب مهر المثل بالإجماع) المركب ، أما عندهما فلا أنه الأصل في التحكيم ، وأما عند أبي يوسف فلا أنه تعلق القضاء بالمسمى لحكم ثبوت التسمية للاختلاف فيجب مهر المثل كما لو تزوجها ولم يسم لها مورا (ولو كان الاختلاف بعد موت أحدهما) بين الحى وورثة الميت (فالجواب فيه كالجواب في حياتهما) في الأصل ، والمقدار في الأصل يجب مهر المثل بعد الدخول والمنة قبله ،

(قال المصنف : هنا تخرج الرازي وقال الكرخي الخ) أقول : وصح في التولية تخرج أبي بكر . وفي شرح تاج الشريعة قول الكرخي أصح (قال المصنف : ولو كان ، الاختلاف في أصل المسمى يجب مهر المثل بالإجماع) أقول : الظاهر شاهد للمسمى التسمية عند أبي يوسف فلم لا يكون القول قوله عنده (قوله كالجواب في حياتهما في الأصل) أقول : أي في أصل التسمية (قوله وللمنة قبله) أقول بيني بعد الطلاق

بموت أحدهما ، ولو كان الاختلاف بعد موتهما في المقدار فالقول قول ورثة الزوج عند أبي حنيفة ، ولا يستثنى القليل ، وعند محمد الجواب فيه كالجواب في حالة الحياة ، وإن كان في أصل المسمى فعند أبي حنيفة القول قول من أنكره ، فالخاص أنه لا حكم لمهر المثل عنده بعد موتها على ما نبيته من بعد إن شاء الله . قال (وإذا مات الزوجان وقد سمي لها مهر فلورثتها أن يأخذوا ذلك من ميراث الزوج ، وإن لم يكن سمي له مهر فلا شيء لورثتها عند أبي حنيفة ، وقالوا : لورثتها المهر في الوجهين) معناه المسمى في الوجه الأول ومهر المثل في الوجه الثاني ، أما الأول فلأن المسمى دين في ذمته وقد تأكد بالموت فيقضى من تركته ، إلا إذا علم أنها ماتت أولا فيسقط

أحدهما ، ولهذا يجب في المفوضة مهر المثل بعد موت أحدهما بالاتفاق (قوله ولو كان الاختلاف بعد موتهما في المقدار فالقول لورثة الزوج عند أبي حنيفة) كأبي يوسف حال الحياة ، إلا أن أبا حنيفة لم يستثن القليل ، وهذا لسقوط مهر المثل بعد موتها عند أبي حنيفة (وعند محمد الجواب بعد موتها كالجواب في حال الحياة ، وإن كان في أصل المسمى ، فعند أبي حنيفة القول لمن أنكره) ولا يقضى بشيء وعندهما يقضى بمهر المثل ، وبه قال مالك والشافعي وأحمد وعليه الفتوى ، لكن الشافعي يقول بعد التحالف : وعندنا مالك وأحمد لا يجب التحالف (قوله على ما نبيته) يعني في المسئلة التي تليها من غير فصل ، وهي ما إذا مات الزوجان وقد سمي لها مهر ثبت ذلك بالبينة أو بتصادق الورثة فلورثتها أن يأخذوا ذلك من ميراث الزوج ، هذا إذا علم أن الزوج مات أولا أو علم أنهما ماتا معا أو لم تعلم الأوكية لأن المهر كان معلوم الثبوت ، فلما لم يقف بسقوط شيء منه بموت المرأة أولا لا يسقط ، وأما إذا علم أنها ماتت أولا فيسقط منه نصيب الزوج لأنه ورث ديناً على نفسه ، فعلم بهذا أن المستثنى منه المخلوف في قوله إلا إذا علم الخ هو هذه الصور الثلاث التي ذكرناها ، كلها في النهاية . والصواب أن المستثنى منه جميع الصور لأن التقدير فلورثتها أن يأخذوا ذلك في جميع الصور إلا في صورة العلم بموتها قبله لأن المستثنى منه هو العام ، ولو كان الصور الثلاث مستثني منها كان أخذ الورثة إنما هو في بعض الثلاث لا كلها (قوله وإن لم يسم لها مهر فلا شيء لورثتها عند أبي حنيفة وقالوا لم مهر المثل) واستدل أبو حنيفة في الكتاب فقال : أرأيت لو ادعى ورثة علي ورثة عمر مهر أم كلثوم بنت علي أكنت أقضي فيه شيء ؟ وهذا إشارة إلى أنه إنما لا يقضى به عند تقادم العهد لأن مهر المثل يختلف باختلاف الأوقات ، فإذا تقادم العهد يتعلم على القاض

وفي المقدار عندهما يحكم مهر المثل لأن مهر المثل لا يسقط بموت أحدهما ، ألا ترى إلى مسئلة المفوضة إذا مات أحدهما وعنده القول قول الزوج أو ورثته لما تقدم (ولو كان الاختلاف بعد موتها في المقدار فالقول قول ورثة الزوج عند أبي حنيفة ولا يستثنى القليل) خلافاً لأبي يوسف فإنه يستثنيه كما تقدم (وعند محمد الجواب فيه كالجواب في حالة الحياة) يحكم مهر المثل وهو قيام قول أبي حنيفة لكنه تركه استحساناً لما نذكره وإن كان الاختلاف بعد موتها في أصل التسمية ، فعند أبي حنيفة القول قول من أنكره لا يحكم مهر المثل . وقوله (لما نبيته من بعد) إشارة إلى دليل أبي حنيفة في المسئلة التي تلي هذه المسئلة . قال (وإذا مات الزوجان وقد سمي لها مهر فلورثتها أن يأخذوا ذلك من ميراث الزوج ، وإن لم يكن سمي لها مهر فلا شيء لورثتها عند أبي حنيفة ، وقالوا : لورثتها المهر في الوجهين معناه) أي معنى قوله لورثتها المهر في الوجهين (المسمى في الوجه الأول) وهو ما إذا سمي (ومهر المثل في الوجه الثاني) وهو ما إذا لم يسم (أما الأول) وهو وجوب المسمى (فلأن المسمى دين في ذمته) إما بثبوته بالبينة أو بالتصادق (وقد تأكد بالموت فيقضى من تركته) إذا علم أنهما ماتا معا أو لم يعلم أيهما مات

نصيبه من ذلك. وأما الثاني فوجه قولهما أن مهر المثل صار ديناً في ذمته كالمنسحق فلا يسقط بالموت كما إذا مات أحدهما. ولأبي حنيفة أن موتهما يدل على انقراض أقرانهما فيمهر من يقدر القاضي مهر المثل (ومن بعث إلى امرأته شيئاً فقالت إلهي هدية وقال الزوج هو من المهر فالقول قوله) لأنه هو المالك فكان أعرف بجهة التملك، كيف وأن الظاهر أنه يسمى في إسقاط الواجب. قال (إلا في الطعام الذي يؤكل فإن القول قولها)

الوقوف على مقداره، وأيضاً يؤدي إلى تكرار القضاء به لأن النكاح القديم قد يكون مشهوراً وهو ما ثبت بالتسامح فيدعى ورثة الورثة على ورثة الورثة به، فلو قضى به ثم تأخر المهر فادعى الورثة الذين وجبوا بعد ذلك بزمان به أيضاً يقضى به أيضاً ثم وهم فيفضى إلى ما قلنا، أما إذا لم يتقدم فيقضى بمهر المثل. وطريق آخر أن مهر المثل قيمة البضع فيشبه المنسحق ويجب بغير شرط فيشبه الثقة فلهبه الأول لا يسقط أصلاً، ولشبه الثاني يسقط بموتهما أو موت أحدهما قلنا يسقط بموتهما إعمالاً لشبه الثقة، ولا يسقط بموت أحدهما إعمالاً لشبه المنسحق توفيراً على الشبهين حظهما، وهذا يقتضي أن لا يقضى به وإن كان العهد قريباً وما قبله أوجه. وقال مشايخنا: هذا كله إذا لم تسلم نفسها، فإن سلمت نفسها ثم وقع الاختلاف في حال الحياة أو بعد الموت فإنه لا يحكم بمهر المثل بل يقال: لا بد أن تقرأ بما تعجلت وإلا حكنا عليك بالمتعارف في المعجل ثم يعمل في الباقي كما ذكرنا (قوله ومن بعث إلى امرأته شيئاً ثم قال من حلك وقالت هدية فالقول له لأنه المالك فكان أعرف بجهة التملك) إلا فيما يكون مهياً للأكل لأن الظاهر يتخلف عنه فيه، والقول إنما هو قول من يشهد له الظاهر، والظاهر

أولاً أعلم أن الزوج مات أولاً، وأما إذا علم أنها ماتت أولاً فيسقط نصيبه من ذلك (وأما الثاني فوجه قولهما أن مهر المثل صار ديناً في ذمته كالمنسحق فلا يسقط بالموت كما إذا مات أحدهما) وهو قياس قوله لكن انتحس فقال (إن موتهما يدل على انقراض أقرانهما فيمهر من يقدر القاضي مهر المثل) وهذا يشير إلى أن وضع المسئلة في صورة التنازع، وقد روي عنه أنه استدل فقال: أرأيت لو ادعى ورثة عليّ على ورثة عمر مهر أم كنت أفضى فيه بشيء؟ وهذا لأن مهر المثل يختلف باختلاف الأوقات، فإذا تقدم العهد وانقضى أهل ذلك العصر يعمل على القاضي الوقوف على مقدار مهر المثل، وعلى هذا إذا لم يكن العهد متقدماً بأن لم يختلف مهر مثل هذه المرأة يقضى بمهر مثلها. وللمشايخ طريق آخر وهو أن مهر المثل من حيث هو قيمة البضع يشبه المنسحق، ومن حيث إنه يجب في مقابلة مال ليس بمال يشبه الصلة كالثقة، فباختلاف الشبه الأول لم يسقط فلا يسقط بموت أحدهما، وباعتبار الشبه الثاني يسقط فيسقط بموتهما لأن المسقط تأكيد بالموت. وقوله (ومن بعث إلى امرأته شيئاً) ظاهر. وقوله (فالقول قوله) أي مع يمينه فإن حلف والمتاع قائم فللمرأة أن ترد وترجع بما بقي من المهر وإن كان

(قال المصنف: ولأبي حنيفة أن موتهما يدل على انقراض أقرانهما) أقول: فيه إشادة إلى أنه إنما لا يقضى به عند تقدم العهد لأن مهر المثل يختلف باختلاف الأوقات، فإذا تقدم العهد يعمل على القاضي الوقوف على مقداره، وطريق آخر أن مهر المثل قيمة البضع فيشبه المنسحق، ويجب بغير شرط فيشبه الثقة، فلهبه الأول لا يسقط أصلاً وفيه الثاني يسقط بموتهما وموت أحدهما قلنا: يسقط بموتهما إعمالاً لشبه الأول، ولا يسقط بموت أحدهما إعمالاً لشبه الثاني توفيراً على الشبهين حظهما، وهذا يقتضي أن لا يقضى به وإن كان العهد قريباً: قال ابن المصنف: وما قبله أوجه، ثم قال: وقال مشايخنا: هذا إذا لم تسلم نفسها، فإن سلمت ثم وقع الاختلاف في حال الحياة أو بعد الموت فإنه لا يحكم بمهر المثل بل يقال: لا بد أن تقرأ بما تعجلت وإلا حكنا عليك بالمتعارف في المعجل ثم يعمل في الباقي كما ذكرنا له. (قال المصنف: فيمهر من يقدر القاضي مهر المثل) أقول: لم لا يجوز ذلك بالصادقة أو باليعة كما في فروع الأول (قوله فقال أرأيت لو ادعى ورثة عليّ على ورثة عمر مهر أم كنت أفضى فيه بشيء؟) أقول: للمهر في تلك القضية معنى، وأبو حنيفة رحمه الله عفا

والمراد منه ما يكون مبياً للأكل لأنه يتعارف هدية ، فأما في الحنطة والشعير فالقول قوله لما بينا ، وقيل ما يجب عليه من الخمار والدروع وغيرهما ليس له أن يحتسبه من المهر لأن الظاهر يكذبه ، والله أعلم .

في المتعارف مثله أن يبعثه هدية ، والمراد منه نحو الطعام المطبوخ والمشوى والتمواكه التي لا تنبثق والخلاء والخبز والحباج المطبوخ ، فأما الحنطة وأشعير العسل والسمن والجوز والوزز والدقيق والسكر والشاة الحية فالقول فيه قوله . وإذا حلف والمرسل قائم ، إن كان من غير جنس حقها ولم يرضها يبيعه بالصدق بأخذه ، وإن كان هالكا لا ترجع بالمهر بل بما بقي إن كان يبقى بعد قيمته شيء ، ولو بعث هو وبعت أبوها له أنقضاً ثم قام هو من المهر فلا لب أن يرجع في هيبته إن كان من مال نفسه وكان قائماً ، وإن كان هالكا لا يرجع ، وإن كان من مال البنت بإذنها فليس له الرجوع لأنه هبة منها وهي لا ترجع فيها وهبت لزوجها . وفي فتاوى أهل مرقند : بعث إليها هدايا وعوضته المرأة ثم زفت إليه ثم فارقتها وقال بعثها إليك عارية وأراد أن يسرده وأرادت هي أن تسترد العوض فالقول قوله في الحكم لأنه أنكر التملك . وإذا استرده تسترد هي ماعوضته . هذا والذي يجب اعتباره في ديارنا أن جميع ما ذكر من الحنطة والوزز والدقيق والسكر والشاة الحية وبالقيا يكون القول فيها قول المرأة لأن المتعارف في ذلك كله أن يرسله هدية والظاهر مع المرأة لا معه ولا يكون القول له إلا في نحو الثياب والحرارية ، وفيها إذا بعث الأب بعد بعث الزوج تعريضاً يثبت له حق الرجوع على الوجه الذي ذكر في فتاوى أهل مرقند ، وكذا البنت فيها إذا أذنت في بعثه تعريضاً : هذا إذا كان بعثها عقيب بعث الزوج ، فإن تقدم عليه فالظاهر أنه هدية لا يوجب الرجوع فيه للزوج إلا إن كان قائماً ، والله سبحانه أعلم (قوله فالقول قوله) أي مع يمينه (قوله وقيل ما يجب النخ) بخلاف الخف والملاحة لا يجب عليه إذ لا يجب عليه تمكينها من الخروج بل يجب منعها إلا فيما استدكره فيما بعد إن شاء الله تعالى ، ويجب عليه الخف والملاحة لأمتها ، ثم كون الظاهر يكذبه في نحو الدروع والخمار إنما ينشأ احتسابه من المهر لا من حق آخر كالكنوسة .

[فروع] زوج بنته وجهها ثم ادعى أن ما دفعه لها عارية وقالت تملكها أو قال الزوج ذلك بعد موتها ليرث منه وقال الأب عارية ، قيل القول للزوج ولها لأن الظاهر شاهد به إذ العادة دفع ذلك إليها هبة واختاره السخدي ، واختار الإمام الرضوي كون القول للأب لأن ذلك يستفاد من جهته واختار للفتوى القول الأول إن كان العرف ظاهراً بذلك كما في ديارهم كما ذكره في الواقعات وفتاوى المصاحي وغيرهما ، وإن كان العرف مشتركاً فالقول للأب ، وقيل إن كان الرجل ممن مذهب يميز البتات تملكها فالقول للزوج وإلا فله . ولو أبرأت الزوج من المهر أو وهبته ثم ماتت فقالت الورثة هو في مرض موتها وأنكر الزوج فالقول له . وقيل ينبغي أن يكون القول

هالكا لم ترجع . وقوله (لما بينا) إشارة إلى قوله وأن الظاهر أنه يسمى في إسقاط الواجب . وقوله (وقيل ما يجب عليه) إنما فيه بالوجوب لأنه إذا بعث الخف والملاحة كان له أن يحتسبه من المهر لأن ذلك لا يبيعه عليه . وقوله (وغيرهما) قيل كتاب البيت .

مهما في صورة كونه يسمى في أنه يأخذه ولفظ الزوجية لما تقرب جلا لتلليل هنا (قوله وقوله لما بينا إشارة إلى قوله وأن الظاهر أنه يسمى الخ) أقول : والظاهر أنه إشارة إلى مخرج التلليل .

لورثة لأن الزوج يلحق سقوط ما كان ثابتاً وهم ينكرون . وجه الظاهر أن الورثة لم يكن لهم حق وإنما كان لها وهم يدعونه لأنفسهم والزوج ينكرها فقول له : وفي البدائع في كتاب النفقات : أعطاهما مالا وقال من المهر وقالت من النفقة فالقول للزوج إلا أن تقيم هي البيعة لأن التعليل منه . وفي الخلاصة : أتفق على معتدة الغير على طمع أن يتزوجها إذا انقضت عدتها ، فلما انقضت أبت ، إن شرط في الإنفاق الزوج : يعني كان يقول أتفق عليك بشرط أن تتزوجيني يرجع زوجت نفسها أولاً لأنه رشوة . والصحيح أنه لا يرجع لو زوجت نفسها وإن لم يشترط لكن أتفق على هذا الطمع اختلقوا ، والأصح أنه لا يرجع إذا زوجت ، قاله الصلبي الشهيد . وقال الشيخ الإمام : الأصح أنه يرجع عليها زوجت نفسها منه أولاً لأنه رشوة ، واختاره في المحيط ، وهذا إذا دفع النواهي إليها لتتفق على نفسها ، أما إذا أكل معها فلا يرجع بشيء . اهـ ولم يذكر ما إذا أبت أن تتزوج في فصل علم الأشراف صريحاً إلا ما قد يتوهم من اقتضائه على قول الشهيد ، ومن بعده أنه يرجع إذا لم تتزوج . وحكى في فتاوى الخاص فيها إذا أتفق بلا شرط بل العلم عرفاً أنه يتفق للزوج ثم لم تتزوج به خلأ ، منهم من قال يرجع لأن المعروف كالشرط ، ومنهم من قال لا . قال : وهو الصحيح لأنه إنما أتفق على فسخه لا شرطه ، وفيها : ادعت على زوجها بعد وفاته أن لها عليه ألفاً من مهرها فصلق في الدعوى إلى مهر مثلها في قول أبي حنيفة لأن عنده يحكم مهر المثل فمن شهد له مهر المثل كان القول قوله قوله مع يمينه . وفي التوازل : اتفقت لأبويها بأنها فبعت الزوج إليها بقره فليجها وأطعمها أيام المأتم فطلب قيمتها فإن اتفقا أنه يبعث بها إليها وأمرها أن تدبج وتطعم ولم يذكر قيمة ليس له أن يرجع عليها لأنها لم تكن بإذنه من غير شرط القيمة ، وإن اتفقا على ذكره الرجوع بالقيمة فله أن يرجع وإن اختلفا في ذكر القيمة فالقول للزوجة مع يمينها لأن حاصل الاختلاف راجع إلى شرط الضمان وهي منكرة .

[تنم فيها مسائل] الأولى : مسألة معروفة ذكرها في باب المهرم أن الجواب المذكور فيها إنما يتعلق بالميراث فأجبنا الاتباع ونذكر المهر زيادة فيها . تزوج ثنتين في عقدة واحدة وثلاثاً في عقدة ومات قبل أن يدخل بواحدة منهن وقبل أن يبين المتضمنة نكاحاً من غيرهما ، فميراث الزوجات وهو الربع عند علم الولد وولد الابن ، والتمن مع الولد أو ولد الابن بينهما على أربعة وعشرين : سبعة لتي تزوجها وحدها اتفاقاً ، والباقي نصبة للثنتين ، ونصفه الثلاث عند أبي حنيفة ، وقالوا : ثمانية أسهم من الباقي للثنتين ، وتسعة للثلاث على اختلاف تخريجهما . وإنما قلنا المسألة من أربعة وعشرين لأن نكاح الواحدة صحيح على كل حال لأنه إن تقدم فظاهر ، وكلنا إن توسط لأنها تكون ثالثة إن وقع بعد الثنتين ورابعة بعد الثلاث ، وكلنا إذا تأخر لبطان نكاح أحد الفريقين فتمنع هي ثالثة أو رابعة ، ونكاح كل من الفريقين صحيح في حال باطل في حال ، ثم نقول : إن صح نكاح الواحدة مع الثنتين فلها ثلث الميراث ، وإن صح مع الثلاث فلها ربه فحتاج إلى حساب له ثلث وربع وأقله اثنا عشر ، أو نقول : يخرج الثلث من ثلاثة والربع من أربعة وبينهما مائة فضر بنا أحدهما في الآخر فصار اثني عشر فيكون لها الثلث في حال أربعة والربع في حال ثلاثة ، وثلاثة ثابتة ييقن ، والرابع يجب في حال دون ذلك فينصف للشك فيه فينكسر فيضرب فيصير أربعة وعشرين ، أو يضرب مخرج النصف وهو اثنان في اثني عشر فصار أربعة وعشرين ، ثم نقول : لتي تزوجها وحدها سبعة من أربعة وعشرين لأن لها الثلث في حال ثمانية ، والربع في حال

سنة ستة ثابتة يتيقن ، ووقع الشك في سهمين لأتباعهما يسقطان في حال ويثبتان في حال ، فيثبت أحدهما ويضم إلى ستة صار لها سبعة وما بقي تسعة للثالث لكل واحدة ثلاثة وثمانية للثنتين لكل واحدة أربعة عندهما على اختلاف تخريجهما . أما أبو يوسف فيعتبر المنازعة فيقول : لا منازعة للثنتين في السهم السابع عشر لأتباعهما لا تدعيان إلا ثلثي الميراث ستة عشر ، فالسهم السابع عشر يسلم للثالث لأنهم يدعين ثلاثة أرباع الميراث ثمانية عشر فبقى ستة استوت منازعة الفريقين فيها فتكون بينهما نصفان فحصل للثالث تسعة منها وللثنتين ثمانية . وأما محمد فيعتبر الأحوال فيقول إن صح تكاح الثلثين فلهما ثلثا الميراث ستة عشر وهو حال التقدم على الثالث فتكون الواحدة معهما فيكون لهما ثلثاه ، وإن لم يصح فلا شيء لهما فلهما نصف ذلك وهو ثمانية . والثالث إن صح تكاحهن فلهن ثلاثة أرباع الميراث ثمانية عشر لأن الواحدة ترث معهن ، وإن لم يصح فلا شيء لهن فلهن نصف ذلك وهو تسعة ، فاتفق لبحرأب واختلف في التخريج والضابط عن الغلط قولنا الحاء مع الحاء والعين مع العين : أي لزيد الأحوال ويعقوب المنازعة . وعند أبي حنيفة نصف ما بقي للثنتين ونصف الآخر للثالث لأن الفريقين في علة الاستحقاق سواء ، لأن كل فريق يستحق في حال وهو ما إذا كان سابقا على الفريق الآخر دون حال التأخير ، فصار كما لو لم يكن معهن واحدة ولو لم يكن معهن واحدة كان جميع ميراث النساء بين الفريقين نصفين ، كلا هنا ، فالتنصف وقع الكسر فضعفنا المجموع صار ثمانية وأربعين أو ضرب عخرج النصف وهو اثنان في أربعة وعشرين فيصير ثمانية وأربعين . لو واحدة من ذلك أربعة عشر ولكل واحدة من الطائفتين سبعة عشر فتطلب بين السهام والرعوس الاستقامة أو الموافقة أو المباشرة فتستقيم أربعة عشر على الواحدة ولا تستقيم سبعة عشر على الثلثين ولا على الثالث ولأموافقة بين ذلك أيضا فحصل ممنا اثنان وثلاثة فتطلب بين الرعوس والرعوس الأحوال الأربعة : التداخل ، والمخال ، والتوافق ، والتباين ، فوجدناها متباينة فنضرب ثلاثة في اثنين أو على العكس فيحصل ستة فنضربها في ثمانية وأربعين فتصير مائتين وثمانية وثمانين ومنها نصبح بطريق معرفة ما لكل أن ضرب ما كان له في هذه الستة كان للواحدة أربعة عشر فنضربها في ستة يحصل لها أربعة وثمانون وكان لكل فريق سبعة عشر ضربناها في الستة يحصل لكل فريق مائة وسبعين لكل من الثلثين أحد وخمسون ولكل من الثالث أربعة وثلاثون . فإن قيل : ما ذكر أبو حنيفة مشكل لأنه يعطى الثلثين ما لا تدعيانه أجيب بأنهما إنما لا تدعيانه إذا استحققت الواحدة ذلك السهم فلما بدون استحقاقها فلا وقد خرج ذلك السهم من استحقاق الواحدة فكان دعواهما ودعوى الثالث في استحقاق ما فرغ من استحقاق الواحدة سواء . هذا الاختلاف في الإرث ، أما المهور فالزوج إن كان حيا يؤمر بالبيان جبرا والقول قوله في الثالث والثلثين أي الأول لأن تكاح أحد الفريقين صحيح في نفس الأمر ، والزواج هو الذي يشرع بالعبود ، فإن قال لأخرى الأول حجب عنهن إلا الواحدة لأنه أقر بالاشتباة فيها لا مساغ فيه للتحرر . وإن مات أحد الفريقين والزواج حتى فقال هن الأول ورثن وأعطى مهورهن وفرق بينهن وبين الآخر ، وإن كان دخل بهن كلهن ثم قال في صحته أو عند موته لأحد الفريقين ذلك فهو الأول ، ويفرق بينهن وبين الآخر ولكل واحدة الأقل من مهر مثلها والمسعى كما هو الرسم في اللدخول في النكاح الفاسد واللدخول بهن لا يؤثر في البيان إذا لم تعلم السابقة في الوطء . وأما المهر قبل الدخول فللواحدة مسمى لها بكاله لأن نكاحها صحيح

يبقى ، والثلاث مهر ونصف وللتنتين مهر واحد بالاتفاق فهما يحرران على أصلهما في اعتبار المنازعة والحال. وأبو حنيفة فرق بين المهر والميراث فاعتبر المنازعة في المهر دون الميراث فقال : ما فضل من الواحدة هناك بين الفريقين تصفان لا يضافوان فيه لأنهما قد استويا في الاستحقاق فيكون بينهما ، فأما ما فالتنتان لانهما انصف الراكد على المهرين والثلاث يدعيه فسلم لمن ، وفي المهرين استوت منازعهما فيكون بينهما . أو تقول : أكثر ما لمن ثلاثة مهو بأن يكون السابق نكاح الثلاث وأقل ما لمن مهو بأن يكون نكاح الثنتين سابقا فوقع الشك في مهر واحد فيتنصف فكان لمن مهو ونصف ، ثم لا منازعة للثنتين في الزيادة على مهريين فيسلم ذلك مع الثلاث وهو نصف مهر يبقى مهو استوت منازعة الفريقين فيه فكان بينهما فحصل مهر ونصف وللثنتين مهر واحد . وعمد يقول : إن صح نكاح الثلاث فلهن ثلاثة مهو ، وإن لم يصح فلا شيء لمن فلهن نصف ذلك وهو مهر ونصف ، وأما الثنتان فلهما مهو إن صح وإلا فلا شيء لهما فلهما نصف ذلك مهر واحد . وأما حكم العدة فعل كل واحدة منهن عدة الوفاة على الواحدة ظاهر ، وعلى الفريقين كذلك لأن الشرع حكم بصحة نكاحهن حيث أوجب لمن مهرا وميراثا والعدة بما يجتاط فيها ، فإن كان الزوج دخل بين ولم يعرف الأول من الآخر فعل غير الواحدة عدة الوفاة والحيض جميعا ، أعنى أربعة أشهر وعشرا يستكمل فيها ثلاث حيض .

المسئلة الثانية : تزوج امرأة وابنتها في ثلاثة عقود ولا تدرى الأولى منهن ومات قبل الوطء والبيان فلهن مهر واحد لأن الصحيح نكاح إحداهن ليس غير لأنه إن تزوج الأم أولا لم يصح نكاح بنتها أو البنت فكلتكم ، ولهن كمال ميراث النساء هذا بالاتفاق . ثم اختلفوا في كيفية القسمة فقال أبو حنيفة : للأم النصف من كل من المهر والميراث ، وقال أبو يوسف وعمد : يقسم بينهما أثلاثا ولو كان تزوج الأم في عدة والبنتين في عدة كان الكل للأم بالاتفاق المتقين ببطلان نكاحهما تقدم أو تأخر عن الأم للجمع بين الأخوين في عدة ، ولو كان تزوج امرأة وأما وابنتها أو امرأة وأخت أمها كان المهر والميراث بينهما أثلاثا اتفاقا . وقيل على الخلاف ، والصحيح الأول . والأصل أن المساواة في سبب الاستحقاق توجب المساواة في الاستحقاق ، ونكاح كل واحدة يصح في حال ولا يصح في حالين فاستوين في حق الاستحقاق وهو يساعدهما على هذا الأصل ، لكنه يقول : الأم لا يزاحمها إلا إحدى البنتين لأنها تيقنا ببطلان نكاح إحدى البنتين والأبنتان في النصف استوتا لأنه ليست إحداهما بتعين جهة البطلان أولى من الأخرى .

المسئلة الثالثة : قال لأجنبية كلما تزوجتك فأنت طالق فزوجهما في يوم ثلاث مرات ودخل بها في كل مرة فهى أمراه ، وعليه مهو ونصف مهر ، ووقع عليه تطليقتان على قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، لأنه لما تزوجهما أولا وقع تطليقة ووجب نصف مهر ، فلما دخل بها ووجب مهر كامل لأنه وطء عن شبهة في الحبل ، إذ الطلاق غير واقع عند الشافعي بناء على أن هذا التطليق عنده لا يصح ووجب العدة ، فإذا تزوجهما ثانيا وقعت أخرى وهو طلاق بعد الدخول معنى ، فإن من تزوج معتلة البائن وطلقها قبل الدخول فعدت أبي حنيفة وأبي يوسف يكون هذا الطلاق بعد الدخول معنى فيجب مهر كامل وعدة مستأنفة ، خلافا لعمد في إيجاب نصف المهر وبقية عدتها

(فصل)

(وإذا تزوج النصراني نصرانية على ميتة أو على غير مهر وذلك في دينهم

التي كانت فيها فصار على قولهما الواجب مهران ونصف مهر ، فإذا دخل بها وهي معتدة عن طلاق رجعي صار مراجعاً فلا يجب بالوطء شيء ، فإذا تزوجها ثانياً لا يصح النكاح لأنه تزوجها وهي منكوبة ونكاح المنكوبة لا يصح . وعلى قول محمد بالتزويج الأول والطلاق عقبيه يجب نصف وبالدخول بعد مهر كامل وبالتزويج ، والدخول بعد الطلاق الواقع عقبيه أيضاً مهر ونصف ، وكلتا بالتزويج الثالث فكان الواجب على قوله أربعة مهور ونصف مهر ، وهذا بناء على أنه لم يصر مراجعاً بالوطء عقيب النكاح الثاني لأن الطلاق الثاني لم يقع على مدخول بها . وعندهما لما كان الدخول في الأول دخولا في الثاني كان الطلاق عقيب الثاني عقيب الدخول . ولا يخفى عليك أن الدخول الأول لم يكن في نكاح بل ليس إلا وطأ بشبهة فاقضى قولهما على هذا أن الرجعة تثبت بالوطء في علة وإن كانت تلك العدة عن غير طلاق بل عن وطء بشبهة إذا كان مسيقاً بطلاق . ولو قال كلما تزوجتك فأنت طالق يائن والمسئلة بحالها بانت بثلاث وعليه خمسة مهور ونصف مهر في قياس قولهما وأربعة مهور ونصف على قول محمد ، وتخريج ذلك على الأصل المذكور لكل ، فقول محمد يلزمه أربعة مهور ونصف على الأصل المذكور له آتفاً ظاهر . وأما وجه ما ذكرنا عندهما فلا أنه بالنكاح الأول والدخول بعده يجب مهر ونصف ، وبالنكاح الثاني طلقت بانها مهر كامل لأنه طلاق بعد الدخول على قولهما ، ومهر آخر بالدخول بعده للشبهة ولم يصر به مراجعاً لأن الطلاق يائن ، وبالنكاح الثالث طلقت ثلاثاً ولها مهر ، وبالدخول بعد مهر آخر فصارت خمسة مهور ونصف ، ثلاثة بالدخول ثلاث مرات ، ونصف مهر بالتزويج الأول ، ومهران بالتزويجين الآخرين لكون الطلاق بعدهما بعد الدخول على قولهما .

(فصل)

لما ذكر مهور المسلمين شرع في ذكر مهور الكفار (قوله وإذا تزوج نصراني) المراد إذا تزوج ذي كتابي أو عجمي على ميتة أو على غير مهر وذلك في دينهم جائز ودخل بها أو طلقها قبل الدخول أو مات عنها فليس لها مهر ، ولو أسلمها أو رفع أحدها إلينا أو تراها وهذا إذا لم يدينوا مهر المثل بالنفي وكلتا لو تزوجها على دم لأبهم

(فصل)

لما ذكر أحكام النكاح في حق المسلمين وهم الأصول في الشرائع ذكر من هو تبع لهم في المعاملات ومن المعاملات أحكام النكاح في حق الكفار (وإذا تزوج نصراني نصرانية) قيل المراد بهما الذي والتمية ولهذا ذكر في المبسوط بلفظ الذي . وأقول : يجوز أن يكون أطلقه ليتناول المستأمن أيضاً (وذلك في دينهم) أي النكاح

(فصل) إذا تزوج

(قوله لما ذكر أحكام النكاح الخ) أقول - ظاهر أن يقول أحكام للمهر ، لكن مراد الفاعل بأحكام النكاح للمهر أيضاً (قوله وإذا تزوج النصراني نصرانية ، إلى قوله) ليتناول المستأمن أيضاً) أقول : ولو قال إذا تزوج الكافر كافر لكان أم وأخت (قوله وذلك في دينهم) أي النكاح بنهر مهر الخ) أقول : ولعل الأول أن يحمل ذلك إشارة إلى مجروح بما ذكر من النكاح على الميتة وعلى غير مهر

جائر للخلل بها أو طلقها قبل الدخول بها أو مات عنها فليس لها مهر ، وكذلك الحريتان في دار الحرب) وهذا عند
أبي حنيفة وهو قولهما في الحريين . وأما في النعمة فلها مهر مثلها إن مات عنها أو دخل بها والتمعة إن طلقها قبل
الدخول بها . وقال زفر : لها مهر المثل في الحريين أيضا . له أن الشرع ماضع ابتغاء النكاح إلا بالمال ، وهذا
الشرع وقع عاما فثبت الحكم على العموم . ولها أن أهل الحرب غير ملتزمين أحكام الإسلام وولاية الإلزام
ومتقطعة لتباين الدار ، بخلاف أهل النعمة لأنهم التزموا أحكامنا فيما يرجع إلى المعاملات كالربا والزنا ، وولاية
الإلزام متحققة لاتحاد الدار . ولأبي حنيفة أن أهل النعمة لا يلتزمون أحكامنا في الديانات وفيما يعتقدون خلافه
في المعاملات ، وولاية الإلزام بالسيف وبالجملة وكل ذلك منقطع عنهم باعتبار عقد النعمة ، فلما أمرنا بأن نتركهم
وما يدينون فصاروا كأهل الحرب ،

اتفقوا على عدم المهر وهم يدينونه ، وهذا لأنهم لا يتمولون الميتة حتى أتقوا بخلاف الموقوفة ، وكلنا في الحريين
(هذا مذهب أبي حنيفة وبه قال في الحريين) أي لو أسلمنا أو تراضا (أما في النعمة فلها عندهما مهر مثلها إن دخل
بها أو مات أحدهما والتمعة إن طلقها قبل الدخول) لوقعه في نكاح لاستمعية فيه ، وبهذا قال زفر في الحريين
أيضا لأن الشرع لم يشرع ابتغاء النكاح إلا بالمال ، وهذا الشرع وقع عاما فيتناول الكفار بناء على أنهم مخاطبون
بالمعاملات والنكاح منها ، غير أنه يصير عبادة بالنية والكافر ليس من أهلها فتتمحض معاملة في حقها (ولها أن
أهل الحرب غير ملتزمين الأحكام) وليس لنا عليهم ولاية الإلزام لتباين ، بخلاف أهل النعمة فإنهم التزموا
في المعاملات ، وولاية الإلزام ثابتة فتزوره إذا زنى وتناه عن الربا ونجس بفساده والنكاح منها ، ولذا تجرى
عليهم أحكامهم من لزوم النفقة والعتة وثبوت النسب والتوارث به وثبوت خيار البلوغ وحرمه المطلقة ثلاثا ونكاح
المحارم . وقد يقال من طرف زفر عدم التزامهم وقصور الولاية منا عنهم لا يفي بتحقيق الوجوب عليهم لعموم
المخطأ ، حتى إذا تراضا لينا نقضى عليهم بما لزمهما حال كونهما حريا وأنا إنما أخرت الوجوب ليطهر عند إمكان
إلزامهم أثره (قوله ولأبي حنيفة) حاصله منع المقدمة القائلة إنهم التزموا أحكامنا في المعاملات بل ليسوا ملتزمين

بغير مهر في دينهم (جائر) والواو للحال (فليس لها مهر) وإن أسلمنا (وكذلك الحريتان في دار الحرب وهذا)
أي عدم وجوب المهر في المملوكين والحريين (عند أبي حنيفة) ووافق في الحريين . وأما في النعمة ، فإن فخل
بها أو مات عنها فلها مهر المثل ، وإن طلقها قبل الدخول بها فلها النعمة وخالفه زفر في الحريين أيضا ، وقال
(الشرع ماضع ابتغاء النكاح إلا بالمال) لقوله تعالى - أن تبغوا بأموالكم - (وهذا الشرع وقع عاما) لأن النكاح
من باب المعاملات والكفار مخاطبون بالمعاملات فثبت الحكم على العموم (وحاصل كلامه المشرع في باب
النكاح الابتغاء بالمال على العموم ، وكل ما كان كذلك يثبت حكمه على العموم ، وقال : أهل الحرب لم يلتزموا
أحكام الإسلام وهو ظاهر ، ولا يكون الحكم عليهم إلا بالإلزام ولا إلزام إلا بالولاية ، وقد انقطع الولاية
بتباين الدارين (بخلاف أهل النعمة لأنهم التزموا أحكامنا فيما يرجع إلى المعاملات) لأن الإلزام بعقد النعمة وقد
وجد منهم فكان كالزنا والربا فإنهم يبنون عن ذلك ويقام عليهم الحد ، ولكن مسلمنا أنهم لم يلتزموا لكن ولاية
الإلزام متحققة لاتحاد الدار (ولأبي حنيفة أن أهل النعمة لا يلتزمون أحكامنا في الديانات كالصوم والصلاة
(وفيما يعتقدون خلافه في المعاملات) أيضا كبيع الخمر والتخزير وولاية الإلزام بالسيف والجملة) وليست
بوجوده لا تقطعها عنهم بعقد النعمة (فلما أمرنا بأن نتركهم وما يدينون فصاروا كأهل الحرب) في عدم الإلزام

ويجوز أن يحمل قوله بغير مهر متعذرا لفتح بالمية أيضا .

بخلاف الزنا لأنه حرام في الأديان كلها ، والربا مستقضى عن عقودهم لقوله عليه الصلاة والسلام « ألا من أُرِي فليس بيننا وبينه عهد » وقوله في الكتاب أو على غير مهر يحتمل ثنى المهر ويحتمل السكوت . وقد قيل : في الميتة والسكوت روايتان ،

بعدد اللمة ما يعتقدون خلافه منها إلا ما شرط عليهم ولنا لأنهم من بيع الحمر والخزير ونكاح المحارم ، وكذا في بعض كتب الفقه ، وفي بعضها ما ذكرناه من حرمة المحارم عليهم ولا تنافي ، فحمل أحدهما من تدين يجرمهن وحمل الآخر من لا تدين يجرمهن كالجوس فلم يلزموا ولم تؤمر بالزناهم بل تركهم وما يدينون فصار أهل اللمة أولى من أهل الحرب بذلك لأن المانع فيهم المنعة الحسية وأمرنا بهما ، والمانع في أهل اللمة المنعة الشرعية وأمرنا بتقريبها . بخلاف الربا لأنه مستقضى عن عقودهم . قال صلى الله عليه وسلم « ألا من أُرِي فليس بيننا وبينه عهد » روى عنه القاسم بن سلام بسنده في كتاب الأموال عن أبي المليح الحلبي « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم صالح أهل نجران فكذب لهم كتابا وساقه ، وفيه : ولا تأكلوا الربا فمن أكل منهم الربا فلعنهم بريرة » وفي مصنف ابن أبي شيبة بسنده إلى الشعبي « كتب رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى نجران وهم نصارى أن من باع منك بالربا فلا ذمة له ، وهو مرسل وهو حجة عندنا . وإذا متعتنا من التعرض لم فيما يدينون قبل الإسلام إلا المستقضى فبعد الإسلام والمرافعة حال بقاء النكاح والمهر ليس شرطا لبقائه . والذي يقتضيه النظر أن الاستدلال على أن الكفار مخاطبون بالمعاملات إن تم ثم المطلوب لغير هذا لأن الأمر بترك التعرض لم للغير لا يقتضى سوى أن لا يتعرض لم ما لم يرضوا بحكمنا أو يسلموا ، وذلك لا يمنع من قيام لزوم المهر شرعا في ذمتهم . وحالة الإسلام وإن كانت حالة البقاء والمهر ليس شرطا فيها ولا حكما لا تمنع القضاء بالتقرر في اللمة أول الوجود لما أرتفع منع الشرع من التعرض لم (قوله وقد قيل في الميتة والسكوت) عن المهر (روايتان) بخلاف نفيه صريحا ، ففي ظاهر الرواية لما مهر المثل . وذكر الكرخي أنه لا فرق على قياس قول أبي حنيفة بين السكوت والثنى . ووجه ما في المبسوط أن تملك البضع في حقهم كتملك المال في حق المسلمين فلا يجب العوض فيه إلا بالشرط . وجه الظاهر أن النكاح معاوضة ، فلم ينص على ثنى العوض يكون مستحقا لها والميتة كالسكوت لأنها ليست مالا عندكم فذكرها

واقطاع الولاية . وقوله (بخلاف الزنا) جواب عن قولهما كالأزنا والربا . ووجهه أن الزنا حرام في جميع الأديان فلم يكن دينهم حتى يتركوا عليه (والربا مستقضى عن عقودهم لقوله عليه الصلاة والسلام « ألا من أُرِي فليس بيننا وبينه عهد ») إلا حروف تنبيه لاحرف استكناه كذا الباع والنسخ (وقوله في الكتاب) أي قول محمد في الجامع الصغير (وقد قيل في الميتة والسكوت روايتان) يعنى عن أبي حنيفة في رواية يجب مهر المثل كما قال ، وفي رواية لا يجب شيء ، وحل هذه الرواية لا يحتاج إلى فرق ، وأما على الرواية الأخرى وهو رواية الأصل فيحتاج إلى الفرق بين الثنى والسكوت وهو أن النكاح معاوضة البضع بالمال ، فالتنصيص عليه بمنزلة اشتراط العرض كالتنصيص على البيع بين المسلمين ، فلم يوجد التنصيص على ثنى العوض يكون العوض مستحقا لها ، وأما

(قوله وهو أن النكاح معاوضة البضع بالمال فالتنصيص عليه) أقول : ضيق عليه راجع إلى النكاح (قوله وأما على الرواية الأخرى وهو رواية الأصل ، إلى قوله : كالتنصيص على البيع بين المسلمين) فلم يوجد التنصيص على ثنى العوض يكون العوض مستحقا لها (أقول : فإنه إذا باع بلا تسمية ثمن يعتقد البيع قلنا وبذلك بالتبض ، ويجب القيمة على ما سوا به في فصل استكمال البيع فلهذا .

والأصح أن الكل على الخلاف (فإن تزوج الذي ذمية على خر أو خنزير ثم أسلم أو أسلم أحدهما فلها الخمر والخنزير) ومعناه إذا كانا بأعيانها والإسلام قبل القبض ، وإن كانا بغير أعيانها فلها في الخمر القيمة وفي الخنزير مهر المثل ، وهذا عند أبي حنيفة . وقال أبو يوسف : لها مهر المثل في الوجهين . وقال محمد : لها القيمة في الوجهين . وجه قولهما أن القبض مؤكد للملك في المقبوض فيكون له شبه بالعقد فيمتنع بسبب الإسلام كالعقد وصار كما إذا كانا

لغو ، وصحح المصنف أن الكل على الخلاف وهو خلاف الظاهر (قوله فإن تزوج ذي ذمية على خر أو خنزير بأعيانها ثم أسلم أو أسلم أحدهما) قبل قبض الصداق المذكور فليس لها إلا الخمر أو الخنزير (وإن كان بغير أعيانها) وأسلمها قبله (فلها في الخمر القيمة وفي الخنزير مهر المثل) وهذا التفصيل لمبلغ أبي حنيفة (وقال أبو يوسف : لها مهر المثل في الوجهين) وهو قول الأئمة الثلاثة (وقال محمد : لها القيمة في الوجهين) وهو قول أبي يوسف الأول ، ولما اشترك قولهما في عدم إعجاب عين الخمر والخنزير إذا كانا بأعيانها جمع بينهما في دليله فقال (وجه قولهما أن القبض مؤكد للملك في المقبوض) المعين ، ولهذا لو جاك قبل القبض أو تبسبب عينا فاحضا يهلك من مال الزوج حتى يلزمه مثله إن كان مثليا وإلا فقيمته ، وبعد القبض يهلك من مال المرأة ويتصرف قبل القبض بالطلاق قبل الدخول ، وبعد القبض إذا طلقها قبل الدخول لا يتصرف إلا بقضاء أو تراش على ما أسلفناه في باب المهر في حق الجارية المهر ، وكذا الزوائد تنصف قبل القبض لابعده على ما قلنا (فيكون له شبه بالعقد) لثبوت أثر كل منهما في الملك فيمتنع القبض بالإسلام كما يمتنع ابتداء التملك بالعقد إلحاقا لشبهة العقد بحقيقته

المية فإنها ليست بمقتومة عند أحد فكان الزوج عليها كالنفي وهو مختار فيخر الإسلام من الروايتين . ووجه الرواية الأخرى أن أحدا لما لم يتدين بمقومتها لم تدخل تحت قوله عليه الصلاة والسلام « اتزكوهم وما يدينون » فيجب حكم الشرع (والأصح أن الكل على الخلاف) عنده لا يجب شيء ، وجندهما يجب مهر المثل . وقوله (فإن تزوج الذي ذمية) ظاهر . وقوله (وهذا كله) أي كل ما ذكر وهو ما كانا معينين أو غير معينين (عند أبي حنيفة . وقال أبو يوسف : لها مهر المثل في الوجهين) أي في المعين وغير المعين (وقال محمد : لها القيمة في الوجهين . وجه قولهما) إنما جمع بين قولهما وإن كانا مختلفين فيها بينهما حيث قال أبو يوسف فيهما بمهر المثل . وقال محمد : فيهما بالقيمة ومهر المثل غير قيمة الخمر والخنزير لأنهما يتفقان أن لا يؤجبا عين الخمر والخنزير (أن القبض مؤكد للملك في المقبوض) ولهذا ينصف الصداق بالطلاق قبل الدخول إذا لم يكن مقبوضا ، وبعد القبض لا يعود إلى ملك الزوج شيء إلا بالرضا أو القضاء ، وإذا من يوم القطر والصداق عبد غير مقبوض ثم طلقها قبل الدخول بها لأجب صلقة القطر عليها ، بخلاف ما بعد القبض ، ولا يجب الزكاة عليها عند أبي حنيفة في المهر قبل القبض بخلاف ما بعده ، والمؤكدة للملك شبهة بالعقد لإفادته ما لم يكن (فيمتنع) القبض (بسبب الإسلام) كما لو كان ابتداء التملك بالعقد بعد الإسلام إلحاقا لشبهة العقد بحقيقته في الحرفات (وصار كما إذا كانا

(قوله وجه قولهما) أقول : مجتا وغيره شيء بعد أسطر وهو قوله أن القبض مؤكد للملك في المقبوض الخ (قوله لأنهما يتفقان أن لا يؤجبا عين الخمر والخنزير) أقول : فإن قيل لهما يتفقان في عدم التفرد بين الخمر والخنزير أيضا فلم لم يصر في ؟ قلنا : لأن دليلهما الاتفاق لا يلزم به ذلك فظاهر . ثم أعلم أن قوله لأنهما يتفقان الخ تعليل لقوله إنما جمع بين قولهما الخ (قوله إلا بالرضا أو القضاء)

بغير أعيانها. وإذا التحقت حالة القبض بحالة العقد ، فأبو يوسف يقول : لو كانا مسلمين وقت العقد يجب مهر المثل فكلها ههنا ، ومحمد يقول صحت التسمية لكون المسمى مالا عندهم ، إلا أنه انتنع التسليم للإسلام فتعجب القيمة ، كما إذا هلك العبد المسمى قبل القبض . ولأبي حنيفة أن الملك في الصداق المعين يتم بنفس العقد ولهذا تملك التصرف فيه ، وبالقبط يذلل من ضمان الزوج إلى ضمانها وذلك لا يمنع بالإسلام كاسترداد الخمر المفصولة ، وفي غير المعين القبض يوجب ملك العين فيمتنع بالإسلام ، بخلاف المشتري لأن ملك التصرف فيه إنما

في المحرمات وليس يريد كما يجتمع العقد بالإسلام فإن العقد عليهما لا يمنع بل يصح ويطل العوض (وإذا التحقت حالة القبض بحالة العقد) فامتنع فقد اهرقا (فقال أبو يوسف : لو كانا مسلمين وقت العقد) فعقد على الخمر والخنزير (يجب مهر المثل) فكلها إذا كانا مسلمين وقت القبض (ومحمد يقول : صحت التسمية لكون المسمى مالا عندهم ثم امتنع التسليم بالإسلام فتعجب القيمة كما لو هلك العبد المسمى قبل القبض) تعجب القيمة لا تمتنع إعطاء مثل الخمر (قوله ولأبي حنيفة أن الملك في الصداق المعين يتم بنفس العقد ولهذا تملك التصرف فيه) قبل القبض يبدل وبغير بدل ، فقبضه ليس موجبا للملك ولا الملك التصرف فيه فليس مؤكدا بل ناقلا لغير الضمان من الزوج إلى المرأة في الهلاك (وذلك) أي انتقال الضمان (لا يمنع بالإسلام) لأن موجبه صرة اليد وصورته لا تمتنع بالإسلام كالمسلم إذا خمر عصيره والذي إذا غصب منه الخمر والخنزير ثم أسلم له أن يسترده من الغاصب ، فكلها فيما نحن فيه فيقبض الخمر فيخلفه أو يريقه والخنزير فيسيبه ، فإن كان مرادكم من كون القبض مؤكدا غير هذا منجنا كونه مؤكدا ، وإن كان المراد هذا سلمنا كونه مؤكدا ومنعنا منافاة الإسلام لإياه . وفي الأمرار : ولئن سلمنا أن القبض مؤكد للملك فلا تسلم أن الإسلام يمنع تأكيد الملك بدليل أن من باع عبدا بخمر وقبض الخمر فإن الملك فيه واه يجوز أن يملك العبد عنده قبل التسليم إليه ، وبالتسليم إليه يتقرر الملك ، وهذا التسليم لا يمنع بالإسلام وإن كان فيه تأكيد الملك في الخمر . ولو اشترى خمرًا وقبضها وبها عيب ثم أسلم سقط خيار الرد وإن كان في سقوطه تأكيد ملك الخمر ، فعلم أن الإسلام لا يمنع تأكيد الملك (قوله بخلاف المشتري) متصل بقوله يتم بنفس العقد : أي أن الملك

بغير أعيانها (لأن القبض فيه كالقبض فيها إذا كانا بغير أعيانها في إفادة ما لم يكن ، والقبض فيها إذا كانا بغير أعيانها يمنع عن تسليم نفسها ، فكلها فيما إذا كانا بأعيانها كالعقد (وإذا التحقت حالة القبض بحالة العقد فأبو يوسف يقول : لو كانا مسلمين وقت العقد وجب مهر المثل فكلها ههنا) ووجه محمد ظاهر . ووجه قول أبي حنيفة (أن الملك في الصداق المعين يتم بنفس العقد ولهذا تملك التصرف فيه) ولو هلك هلك على ملكها وكل ما تم بنفس العقد لا يحتاج فيه إلى القبض لتمامه (وبالقبط ينتقل الملك من ضمان الزوج إلى ضمانها وذلك) أي الانتقال (لا يمنع بالإسلام كاسترداد الخمر المفصولة) وأما في الصداق الغير المعين فالعقد فيه لا يتم به الملك لأنه يفيد وجوب الدين في فتمته ، والقبض يوجب ملك العين فتمتنع بالإسلام عن تملك الخمر والخنزير . وقوله (بخلاف المشتري) متصل بقوله إن الملك في الصداق المعين الخ : يعني بخلاف ما إذا باع الذي الخمر أو الخنزير

أقول : متى بالقضاء بالإعادة إليه (قال المصنف : فيمتنع بسبب الإسلام كالعقد) أقول : قال ابن المصنف أي كما يمتنع ابتداءه بتكليف بالعقد وليس يريد كما يمتنع العقد بالإسلام ، فإن العقد عليهما لا يمنع بل يصح ويطل العوض أهو أول الأول أن يقال : ألق العقد وأراد تسميتها بالعقد كما يمتنع تسميتها فيه حيث لا يوجب سبها ، ووجه الأولوية ظاهر (قوله القبض فيها إذا كانا بغير أعيانها يمنع من تسليم نفسها فكلها الخ)

يستفاد بالقبض . وإذا تعلر القبض في غير المعين لانجب القيمة في الخنزير لأنه من ذوات القيم فيكون أخذ قيمته كأخذ عينه ، ولا كذلك الخمر لأنه من ذوات الأمثال ؛ ألا ترى أنه لو جاء بالقيمة قبل الإسلام فغير على القبول في الخنزير دون الخمر ، ولو طلقها قبل الدخول بها ، فمن أوجب مهر المثل أوجب المنة ، ومن أوجب القيمة أوجب نصفها ، والله أعلم .

في الصداق المعين يتم بنفس العقد ولهذا ملك التصرف فيه بالبيع وغيره ، وبخلاف المشتري لا يتم بنفس العقد ولا يملك التصرف فيه ، والقبض فيه هو المفيد لملك التصرف والإسلام مانع منه ؛ فلما لم يبايع الذي الخمر والخنزير أو اشتراها ثم أسلم بنفسه البيع لامتناع إفادة ملك فيها مع الإسلام ، وخص التصرف في المهر قبل القبض من النهي عن بيع بلم يقبض بالإجماع . وظن بعض الفضلاء أن قوله في النهاية ولأن ضمان المبيع في يد البائع ضمان ملك حتى لو هلك يملك على ملكه فقبض المشتري ناقل ل ضمان الملك وضمان المهر في يد الزوج ليس ضمان ملك حتى لو هلك يملك على ملكها ينافي قول الهداية والقبض ينقل من ضمان الزوج إلى ضمانها وهو غلط ، وإنما معناه أن يهلك في يد البائع يعود إلى ملكه ، فإذا هلك على ملكه لا يضمن لأحد شيئاً بل يسقط الثمن ، وهذا معنى قوله يملك المبيع في يد البائع بالثمن . وأما هلاك المهر في يد الزوج فليس هلاك ملكه بل هلاك ملكها في يده فيضمنه بالقيمة كهلاك المصوب ، ولهذا صرح في النهاية به بعد قوله يملك على ملكها بأن قال : ولهذا وجب لها القيمة (قوله ولو طلقها قبل الدخول بها) في المعين لها نصفه عند أبي حنيفة ، وفي غير المعين في الخمر لها نصف القيمة ، وفي الخنزير المنة . وعند محمد لها نصف القيمة بكل حال لأنه أوجب القيمة فتتصرف . وعند أبي يوسف وهو الموجب لمهر المثل لها المنة لأن مهر المثل لا يتصرف ، والله أعلم .

أو اشترى ثم أسلم قبل القبض فإنه لا يجوز له القبض بل ينفسخ العقد لأن المبيع يستفاد ملك التصرف فيه بعد القبض لا قبله والإسلام مانع منه . وقوله (وإذا تعلر القبض في غير المعين) ظاهر . وقوله (ولو طلقها الثلغ) يعني قول أبي حنيفة في المعين لها نصف العين وفي غير المعين في الخمر لها نصف القيمة وفي الخنزير لها المنة لأن مهر المثل لا يتصرف بالطلاق قبل الدخول بل في كل موضع كان الواجب مهر المثل قبل الطلاق فالواجب المنة بعد الطلاق . وعند أبي يوسف لها المنة على كل حال ، وعند محمد لها بعد الطلاق نصف القيمة على كل حال .

أقول : لا يخفى عليك ما قلته العبرة ، وكان الأولى أن يقول : والقبض فيما إذا كانتا بأشياء متعة فذلك الخ (قوله ثم أسلم قبل القبض) . أقول : يعني أسلم البائع لمو المشتري (قوله فإنه لا يجوز له القبض الخ) أقول : لا يترتب لقبض المشتري سكه وهو الملك ؛ فإنه إن كان الخ أسلم هو البائع يلزم من تربيته عليه تملك الخمر والإسلام مانع وإن كان المشتري يلزم تملكه (قال المصنف : فيكون أخذ قيمته كأخذ عينه) أقول : قال القزويني : قال في النهاية : يرد عليه ما لو اشترى ذي دار من ذي خنزير أو خنزير وفيها أسلم بأعلاها بالشفعة بقيمة الخمر والخنزير فلم يحصل قيمة الخنزير كمينه ولم يجب منه شيء ، والجواب أن قيمة الخنزير إما تكون كمينه أو لو كان بدلاً من الخنزير كما في مسألة التكلل ، أما إذا كان بدلاً عن غيره فلا . وفي مسألة الشفعة قيمة الخنزير بدل من الدار المشفوعة ، وإنما صير إليها فتعديرها لا لغير فلا يكون لها حكم عينه . اهـ . وذلك أن قولك ذلك فيما نحن فيه بدلاً من متاع البضع ، وإما صير إليها فتعديرها فلا يتأمل . فيجوابه يظهر من تقرير قاضيخان في شرح المجمع الصغير (قال المصنف : ولا كذلك الخمر لأنه من ذوات الأمثال) أقول : قال الإقناني : ذكر الصغير الراجع إلى الخمر على تأويل الشرايع . اهـ . وفي القاموس : الخمر ما سكر من صير العنب أو عام كالبخرة وقد يذكر .

(باب نكاح الرقيق)

(لا يجوز نكاح العبد والأمة إلا بإذن مولاهما) وقال مالك : يجوز للعبد لأنه يملك الطلاق فيملك النكاح . ولنا قوله عليه الصلاة والسلام : «أما عبد تزوج بغير إذن مولاه فهو عاهر» ولأن في تنفيذ نكاحهما تعيينهما إذ النكاح عيب فيها

(باب نكاح الرقيق)

الرقيق : العبد ، ويقال للعبيد .

لما فرغ من نكاح الأحرار المسلمين شرع في بيان نكاح الأرقاء والإسلام فيهم غالب ، فلذا قدم باب نكاح المسلمين ثم أولاه نكاح الأرقاء ثم أولاه نكاح أهل الشرك . وأما ما تقدم من فصل النصراني فلما هو في المهر من توابع مهور المسلمين والمهر من توابع النكاح فأردفه تمة له (قوله لا يجوز نكاح العبد إلا بإذن سيده) أي لا يتغل فإنه يتعقد موقوفا عندنا وعند مالك ورواية عن أحمد ، وما نسب إلى مالك في الكتاب وليس مله به . وحاصل تقرير وجه المذكور ملازمة بين المملوكين شرعا فقد تبين بأن من ملك رفع شيء ملك وضعه وتمنع بملكه رفع الضرر عن النفس ولا يملك إثباته شرعا على نفسه ولذا ملك التطيب ولم يملك أكل السم وإدخال المؤنث على البدن . والأوجه فينا بأن ملكه الطلاق لأنه من خواص الأهمية فكانا النكاح . ويحاج بما سنذكره والحديث الذي ذكره وهو قوله صلى الله عليه وسلم «أما عبد تزوج بغير إذن مولاه فهو عاهر» رواه أبو داود والترمذي من حديث جابر وقال : حديث حسن . والعاهر الزاني . وفي الحديث أيضا في السنن عن ابن عمر عنه صلى الله عليه وسلم قال «إذا نكح العبد بغير إذن مولاه فنكاحه باطل» (ولأن في تنفيذ نكاحهما تعيينهما) أما في العبد فتشغل ماله بالمهر والثقة ، وأما في الأمة فلحمة الاستمتاع بها عليه بالنكاح ، وهذا تصرف في ماله بالإفساد فلا ينفذ إلا برضاؤه . وبهذا يحاج عن المنسوب إلى مالك من قوله يملك الطلاق فيملك النكاح ، فالطلاق إزاء عيب عن نفسه ، بخلاف النكاح . لا يقال : يصح الإقرار من العبد على نفسه بالحد والقصاص مع

(باب نكاح الرقيق)

لما فرغ من بيان نكاح من له أهلية النكاح من غير توقف من المسلمين وغيرهم شرع في بيان نكاح من ليس له ذلك وهو الرقيق ، والرقيق المملوك يطلق على الواحد والجمع (لا يجوز نكاح العبد والأمة إلا بإذن مولاهما) أما الأمة فظاهر لأن منافع بعضها ملك المولى فلا يصح العقد عليها بدون إذنه ، وأما العبد ففيه خلاف مالك فإنه يجوز نكاحه بدون إذنه لأنه يملك الطلاق وهو ظاهر ، وكل من يملك الطلاق يملك النكاح لأن الطلاق بسبب النكاح ، ومن ملك شيئا ملك سببه الموصول إليه (ولنا قوله صلى الله عليه وسلم «أما عبد تزوج بغير إذن مولاه فهو عاهر») رواه أبو داود وأخرجه الترمذي وقال : هذا حديث حسن ولأن في تنفيذ نكاحهما تعيينهما إذ النكاح عيب فيهما (ولها إذا اشترى عبدا أو أمة فظهر مزوجا جاز له أن يردّه وليس لهما تعيب أنفسهما رعاية لحق المولى

(باب نكاح الرقيق)

(قوله لما فرغ من بيان نكاح من له أهلية النكاح ، إلخ قوله : وغيرهم) أقول : فيه أن نكاح غيرهم سيئ في باب حل حله ، وذكر قبل هذا ما يعلق بهور الكفار كان حل سبيل الانعقاد (قوله أما الأمة فظاهر لأن منافع بعضها ملك المولى الخ) أقول : قد سبق

فلا يملكه بلدون إذن مولاها (وكذا المكاتب) لأن الكتابة أوجبت فك الحجر في حق الكسب في حق النكاح على حكم الرق . ولها لا يملك المكاتب تزويج عبده ويملك تزويج أمته لأنه من باب الاكتساب ، وكذا المكاتب لا يملك تزويج نفسها بلدون إذن المولى ويملك تزويج أمها لما بينا (و) كذا (المدير وأم الولد) لأن الملك فيهما قائم .

أن فيه إهلاكه فضلا عن تعييبه . لأننا نقول : هو لا يدخل تحت ملكه فيما يتعلق به خطاب الشرع أمرا ونهيا كالصلاة والغسل والصوم والزنا والشرب وغيرها إلا فيما علم إسقاط الشارع إياه عنه كالجمعة والحج . ثم هذه الأحكام يجب جزاءه على ارتكاب المخطور شرعا فقد أخرجه عن ملكه في ذلك الذي أدخله فيه باعتبار غير ذلك وهو الشارع زجرا عن الفساد وأعظم العيوب (وكذا المكاتب) ليس له أن يتزوج إلا بإذن المولى (لأن الكتابة) إنما (أوجبت فك الحجر) في التصرف الاكتسابي في حق غيره فيما سواه على حكم الرق (ولا يملك المكاتب تزويج عبده ويملك تزويج أمته لأنه من باب الاكتساب) بتحصيل المهر والثقة للمولى والولد العبد ولكونه من باب الاكتساب ملك الأب والجد والقاضي والوصي والشريك المفاوض تزويج الأمة لا العبد لأنه تنقيص للمالية ، وأما شريك العتق والمضارب والعبد المأذون فليس لهم تزويج الأمة عند أبي حنيفة وعندهما الله . وقال أبو يوسف رحمه الله : يملكون ، وإنما لم يحرز تزويج المكاتب نفسها لما ذكره (قوله وكذا المكاتب لا يملك تزويج نفسها بغير إذن المولى ويملك تزويج أمها لما بينا) من بقاء ذات المكاتب على الرد والاكتساب تلتى أوجبت الكتابة إطلاقه له ما لا يوجب خلافا في ذاته المملوكة ، والاكتساب بالنكاح إنما يكون بتمليك جزء منها لغير السيد ، إذ بدل منفعة البضع في حكم بدل جزء من العين كالأرض ، ولأن هذه المنفعة لا يرول ملكها بعد صحتها إلا باختيار الزوج والكتابة ليست على يقين من استمرار فك الحجر فيها وإفضائها إلى زوال ملك الرقة بلحواز التصجير والرد إلى الرق فرد مملوكة البضع لغير منتهج على السيد ولم يشرع عقد الكتابة على وجه يود ضرره على السيد (قوله وكذا المدير) والمديرة لا ينقل نكاحهما إلا بإذن المولى ، وكذا ابن أم الولد : يعني لو تزوج أم ولده فجاءت بولد من الزوج فإن حكمه حكم أمه فالرق فيه قائم فلا يملك تزويج نفسه ، وأما من حق البعض فلا يجوز نكاحه عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه كالمكاتب ، وعندهما يجوز لأنه حر مدين .

[فرع مهم لتجار] ربما بلغ لعبد جارية يشرى بها ولا يجوز للعبد أن يشرى أصلا أفن لعمولاه أولم يأذن ، لأن حل الرق لا يثبت شرعا إلا بملك العين أو عقد النكاح وليس للعبد ملك بين فأنصر حل وطئه في عقد النكاح

(فلا يملكه بلدون إذن) وفي هذا التعليل جواب لما لك ، فإن الطلاق لإزالة العيب ، ولا يلزم من جواز إزالة العيب جواز تعييب أنفسهما . واستشكل يجوز إقراره بالحدود والقصاص ، فإن وجوب قطع اليد في السرقة ووجوب القصاص عيب فيهما على قولهما ، وأما على قول أبي حنيفة فيمنزلة الاستحقاق وهو أيضا أقوى العيوب فكيف يجوز ذلك ؟ وأجيب بأن الرقيق في حقوق الله باق على حرته والرق لا يؤثر فيها ، فإن لزوم من ذلك تعييب فهو ضمني لا معتبر به وموضعه الأصول . وقوله (وكذا المكاتب) ظاهر . وقوله (لما بينا) يعني قوله

من الشارح في باب الهرمات أن الهندة تملك متاع بضع غيرها فوجه الاختصاص على الأمة هنا (قوله وأما على قول أبي حنيفة فيمنزلة الاستحقاق وهو أيضا أقوى العيوب) أي : قوله في باب غير العيب .

(وإذا تزوج العبد بإذن مولاه فالمرء دين في رقبته يباع فيه) لأن هذا دين وجب في رقية العبد لوجود سببه من أهله وقد ظهر في حق المولى لصنوع الإذن من جهته فيعتل رقبته دفعا للمضرة عن أصحاب الديون كما في دين التجارة (والمدير والمكاتب يسميان في المهر ولا يباعان فيه) لأنهما لا يمتثلان النقل من ملك إلى ملك مع بقاء الكتابة والتدبير فيؤدى من كسبهما لأمن نفسيهما (وإذا تزوج العبد بغير إذن مولاه فقال المولى طلقها أو غارقها فليس هذا بإجازة) لأنه يحتمل الرد لأن رد هذا العقد ومتاركة يسمى طلاقا ومفارقة

(قوله وإذا تزوج العبد بإذن مولاه فالمرء دين في رقبته يباع فيه) بخلاف ما إذا تزوج بغير إذن فدخل بها . ثم فرق بينهما فإنه لا مهر عليه حتى يعتق لأنه لم يظهر في حق المولى لعدم الإذن فيه . وقوله يباع فيه : إن لم يفسد المولى ، وتقريره أنه دين وجب في رقبته وكل دين كذلك يباع فيه . أما وجوبه فالمقتضى وهو وجود السبب من أهله وانتهاء المانع وهو حق المولى للإذن . وأما كونه في رقبته فلا إذن السيد ولدفع المضرة عن أرباب الديون : يعنى النساء فيباع فيه كما يباع في ديون التجارة . والحاصل أن الدين إنما يثبت في الذمة وثبوته فيها لا يتوقف على إذنه ، فإنه لو باشر إتلافاً ونحوه ترتب في ذمته فحين أذن ظهر الدين في حقه ثم العبد نفسه مال فكان لم أن يقتضوا من نفسه فعل هذا يكون الإذن دفع المانع من الاكتضاء من نفس العبد ، غير أنه إن غداه المولى حصل التصديق والمقتضى لذلك دفع المضرة عن أرباب الديون . وإذا بيع فلم ينفذ ثمنه بالمهر لا يباع ثانياً ويطلب بالباقي بعد البت ، وفي دين الثقة يباع مرة بعد أخرى لأنها تجب شيئاً فشيئاً . وإذا مات العبد سقط المهر والثقة ، ذكره القرافي . وإذا زوج عبده من أمته لا يجب عليه مهر لها ولا للسيد ، ومنهم من قال يجب ثم يسقط لأن وجوبه لحق الشرع . والأولون يقولون : لا فائدة لهذا الوجوب لأنه لو وجب لوجب في ماله وهي للمولى (قوله والمدير والمكاتب يسميان) إذا أذن لها المولى فتزوجا ثم امتنع عن الأداء عنهما يسميان (لأنهما لا يمتثلان النقل من ملك إلى ملك) . وكلما معتق البعض وابن أم الولد فيؤدى من كسبهما لأمن نفسيهما إلا إن عجز المكاتب فرد في الرق فإنه حينئذ يباع في المهر (قوله وإذا تزوج العبد بغير إذن مولاه فقال له طلقها أو غارقها فليس ذلك بإجازة) تزويج العبد نفسه بلا إذن عقد فضولى في الجملة فيتوقف فإذنه على إذن المولى ، وإذنه يثبت تارة صريحاً

لأنه من باب الاكتساب . وقوله (فالمرء دين في رقبته يباع فيه) لما عرف في الأصول أن ذمته قد ضمنت بالرق فيضم إليها مالية الرقية . واستدل المصنف بقوله (لأن هذا دين وجب في رقبته) وهو دليل قوله يباع فيه دون ما قبله لتلازم المصادرة على المطلوب . وتقريره : هذا دين وجب في الرقية ، وكل دين وجب في الرقية تباع الرقية فيه . أما أنه وجب فلتنحى مقتضى وهو وجود السبب من أهله وانتهاء المانع وهو حق المولى لصنوع الإذن من جهته ، وأما أنه وجب في الرقية فللدفع المضرة عن أصحاب الديون كما في دين التجارة فتباع الرقية في المهر كما تباع فيه . وقوله (دفعا للمضرة عن أصحاب الديون) يعنى النساء . وقوله (فليس هذا بإجازة) لأنه أى قوله طلقها أو غارقها (فيحتمل الرد لأن رد هذا العقد ومتاركة يسمى طلاقا ومفارقة) ألا ترى أنه لو قال في النكاح القاسد طلقك

(قوله وهو دليل قوله يباع فيه دون ما قبله لتلازم المصادرة على المطلوب إلى آخره قوله : وتقريره) أقول : لا يخفى عليك أن قوله فيعتل يرتفع في مذهب الشافعية بآي ما ذكره كل الإبقاء ولا يفسد ما ذكره ، والأول أن يقال : أراد بالرقية ذمة العبد مجازاً لا تلازم المصادرة ويستقيم الكلام ، وسببه من التلخيص تفسير اللفظ بالرقية في باب نكاح أهل الشرك .

وهو ألقى بحال العبد المتمرد أو هو أدنى فكان الحمل عليه أولى (وإن قال : طلقها تطليقة تملك الرجعة فهو إجازة) لأن الطلاق الرجعي لا يكون إلا في نكاح صحيح فتعين الإجازة

وطورا دلالة ، فالصريح مثل أن يقول رضيت أو أجزت أو أذنت ، والدلالة أن يسوق إليها المهر أو بعضه ، وسكوته لا يكون إجازة . وثم ألفاظ اختلف فيها وألفاظ لم يختلف في عدم اعتبارها ، فقل قوله هذا حسن أو صواب أو نعم ما صنعت أو بارك الله لك فيها أو أحسنت أو أصبت أو لا بأس بها اختلف فيها . قال الفقيه أبو القاسم : ليس شيء منها إجازة . واختار الفقيه أبي الليث وبه كان يفتي الصلبي الشهيد أنه إجازة ما لم يعلم أنه قاله استهزاء . إذا عرف هذا فمسئلة الكتاب وهو ما إذا قال طلقها لا شك أن مقتضى حقيقة اللفظ فيها الإجازة لأن الطلاق الصحيح فرع وجود النكاح الصحيح ، لكن قد صرف عن مقتضاه بالنظر إلى حال العبد ، وذلك أن افتيات العبد على سيده تمرد بمباشرة سبب تمييزه عليه يستوجب به زجره وبه فارق القضولى المحض فإنه معين والإعانة تنهض سببا لإمضاء تصرفه وعدم إلغائه ، ولذا لو قال للقضولى طلقها كان إجازة على ما هو الأوجه ، وإن قلنا أول المسئلة في العبد أنه قضولى في الجملة ، وإذا كان حال العبد ذلك فإذا كان لفظ السيد له عند علمه بما صنع يتضمن الرد والإجازة لاستعماله فيما كان بملاحظة حال العبد ظاهرا في قصد الرد ما لم يعلم قصد الإجازة لظاهر يقرن به أو نص آخر مثل أن يقول طلقها تطليقة تملك عليها الرجعة أو أوقع عليها الطلاق لأن الإيقاع والطلاق اللذين يملك الرجعة بعده لا يقالان للمتاركة ولا في قصد الاستهزاء فيفيد قصد حقيقة ، بخلاف قوله طلقها فإنه لا يقال . للمتاركة العقد الفاسد طلاق مجازا فصلحت هذه المسئلة متمسكا بأبي القاسم ومن قال بقوله . والجواب أن لفظ الطلاق المجرد يستعمل كثيرا في المتاركة في العقد الفاسد فكان ذكره لفظ مشترك من حيث الاستعمال بين الإجازة والرد ، بخلاف ما تقدم من نحو أحسنت الخ فإنه لم يستعمل للأمرين على السواء بل الظاهر منه الإجازة وحمله على الرد لا يتحقق إلا بواسطة جملة استهزاء ، وهو وإن كان النظر إلى حال العبد لا يتأنيه لكن ظاهر حال العاقل المسلم يتفهمه لأن حقيقته فعل الجاهلين ، ولذا قال موسى عليه السلام في جواب قولهم - أتخذنا ذروا - أئذ بالله أن أكون من الجاهلين - فتعارض الظاهران وبقي نفس اللفظ بمفهومه يفيد الإجازة بلامعارض ، بخلاف مسئلة الكتاب فإن نفس اللفظ يقال للرد كما يقال لحقيقة الطلاق المستعقب لصحة النكاح ، ولذا لم يستعمل المقيد : أعنى قوله طلقها تطليقة تملك الرجعة عليها أو أوقع عليها الطلاق في المتاركة جعل إجازة فوجب ترجيح قول الفقيه ومن معه ما لم يعلم قصد الاستهزاء ، لكن المصنف لما لم يوجهه إلا بالأن الطلاق الرجعي لا يكون إلا في نكاح صحيح أقام أنه ثبت اقتضاء فورده عليه طلب الفرق بينه وبين ما لو قال لعبد كفر عن يمينك بالمال أو تزوج

كان متاركة ، وإذا احتمل الأمرين رجحنا جهة المتاركة لأنه ألقى بحال العبد المتمرد . وقوله (أو هو) أى الرد (أدنى) لأنه دفع والطلاق رفع ، والدفع أسهل من الرفع (فكان الحمل عليه أولى) . فإن قيل : قوله طلقها حقيقة في إيقاع الطلاق المعروف ومجاز في المتاركة والعمل بالحقيقة ممكن فكيف صير إلى المجاز . أجيب بأن الحقيقة قد ترك بدلالة الحال وهذا كملك وهى الافتيات على رأى المولى (وإن قال طلقها تطليقة) رجعية أو تطليقة (تملك) الرجعة فهذا إجازة لأن الطلاق الرجعي لا يكون إلا في نكاح صحيح فتعين الإجازة) فإن قيل : إذا قال المولى لعبد كفر يمينك بالمال أو تزوج أربعا من النساء لا يثبت به العتق وإن كان التكفير بالمال وتزوج الأربع من النساء لا يكون إلا بعد الحرية . أجيب بأن ما كان أصلا في إثبات الأهلية للتصرفات الشرعية لا يثبت اقتضاء

(ومن قال لعبده تزوج هذه الأمة فزوجها نكاحا فاسدا ودخل بها فإنه يباع في المهر عند أبي حنيفة . وقالا : يؤخذ منه إذا عتق) وأصله أن الإذن بالنكاح ينظم الفاسد والباطل عنده ، فيكره هنا المهر ظاهرا في حق المولى

أربعا لا يمتنع مع أن كلا منهما لا يكون إلا بعد الحرية . وأجيب بأن إثبات الشرائط التي هي أصول لا تكون بطريق الاقتضاء كالحرية والأهلية للمتعلق بالرق وليس مانع في ذلك لأن النكاح ثابت للعبد بطريق الأصالة لثبوته تبعا للأمية والعقل ، وإنما توقف لاستزامه تنقيب مال الغير ، بقوله طلقها رجيا يتضمن رفع المانع اقتضاء لا إثبات ملك النكاح بطريق الأصالة ، والمملوكة شرط العتق . وقوله اعتق عبدك عني بألف يثبت به تحويل المملوكة إليه لا أصلها في العبد ، ومملوكيته في العبد أمر زائد على مملوكيته . وعلى تقريرنا لا يحتاج إلى تكلف هذا السؤال وجوابه . ولو أذن له السيد بعد ما تزوج لا يكون إجازة ، فإن أجاز العبد ما صنع جاز استحسانا كالفضولي إذا وكل فأجاز ما صنعته قبل الوكالة والعبد إذا تزوج ففضولي فأذن له مولاه في الزوج فأجاز ما صنعته الفضولي . ولو باع السيد العبد بعد أن باشر بلا إذن فالمشترى الإجازة . وقال زفر : يبطل ، وكذا لو مات السيد فوزث العبد توقف على إجازة الوارث ، أما إذا كانت أمة فتزوجت بلا إذن ثم مات المولى فورثها من يمل له وطؤها يبطل لطريان الحل النافذ على الموقوف ، وإن ورثها من لا يمل له وطؤها كان ورثها جماعة أو امرأة أو ابن المولى وقد كان الأب وطئها وتوقف على إجازة الوارث . وعلى هذا قالوا في أمة تزوجت بغير إذن مولاه فوطئها الزوج فباعها المولى للمشتري الإجازة لأنه لا يمل له وطؤها لأن وطء الزوج يجرمها لأنها صارت معتدة ، فإذا حاضت يبطل العقد لحلها للمشتري ، ولو كان الزوج لم يطأها يبطل العقد بمجرد الشراء لطريان الحل البات على الموقوف . وقال زفر : يبطل بالموث وبالبيع . وأصله أن الموقوف على إجازة إنسان يحصل الإجازة من غيره ، وعنده لا لأنه إنما كان موقوفا على الأول فلا يفيد من الثاني . قلنا : إنما يتوقف على الأول لأن الملك لا لأنه هو والثاني مثله في ذلك ، فالحاصل أنه دائر مع الملك فينتقل بانتقاله (قوله تزوج هذه الأمة) التقيد بالأمة والإشارة اتفاقا ، فإن الحكم المذكور جار في الحرية وغير المعنية (قوله وأصله) أي أصل الخلاف الاختلاف في أن الإذن للعبد بالنكاح ينظم الصحيح والفاسد عنده ، وعندهما يخص الصحيح والاتفاق على أن الإذن بالبيع يعم الصحيح والفاسد ، وعلى أن التوكيل بالنكاح يخص بالصحيح فالحقاه بالتوكيل بالنكاح لأن علة الأصل تحصيل المقاصد في المستقبل من الإعفاف وغيره وذلك بالصحيح ، ولهذا لو حلف لا يتزوج ينصرف إلى الباطل فلا يثبت بالفاسد لأن المراد في المستقبل الحلف على الإعفاف وذلك بالصحيح ، بخلاف ما لو حلف ما تزوجت حيث يثبت بالفاسد لأن المراد في الماضي العقد ، وألحقه بالبيع يعم أن بعض المقاصد حاصل من ثبوت السبب والعدة والنفقة ، وذلك يكفي لتصحيح التعميم وإجراء القسط على إطلاقه ، فينبغي على هذا أنه يباع في المهر في الفاسد إذا دخل

كالإيمان في خطاب الكفار بالشرائع كما عرف في الأصول وفي إثبات الإعتاق ذلك ، بخلاف مانع فيه فإن النكاح ليس بأصل في إثبات الأمية له . وقوله (ومن قال لعبده تزوج هذه الأمة) صورة المسئلة والأصل المذكور ظاهران ، وتقيدته بالإشارة والأمة اتفاقا . فإن الحكم في غير المعنية وفي غير الإمام كذلك ، وينبغي على هذا الأصل المذكور حكمان : أحدهما ما ذكره أنه يباع في المهر عنده ولا يباع عندهما . والثاني أنه إذا تزوجها بوصف الصحة بعد ذلك لا يصح عند أبي حنيفة لأنها الإذن بالعقد الأول ، ويصح عندهما . ووجهه من الجانبين على الوجه المذكور في الكتاب ظاهر ، وإنما قيد بالمستقبل ، لأنه لو حلف ما تزوج امرأة في الماضي وكان تزوج

وعندها ينصرف إلى الجائز لاغير فلا يكون ظاهرا في حق المولى فيؤاخذ به بعد العتاق. لهما أن المقصود من النكاح في المستقبل الإعفاف والتحسين وذلك بالجائز ، ولهذا لو حلف لايتزوج ينصرف إلى الجائز ، بخلاف البيع لأن بعض المقاصد حاصل وهو ملك التصرفات . وله أن اللفظ مطلق فيجوز على إطلاقه كما في البيع . وبعض المقاصد في النكاح الفاسد حاصل كالنسب ، ووجوب المهر والعدة على اعتبار وجود الوطء ، ومسئلة العيّن ممنوعة على هذه الطريقة (ومن زوج عبدا مأذونا له مديونا امرأة جاز ، والمرأة أسوة للغرماء في مهرها) ومعناه إذا كان النكاح بمهر المثل ، ووجهه أن سبب ولاية المولى ملكة الرقبة على ما ذكره ، والنكاح لا يلاقى حتى الغرماء

بها فيه عنده ، وعندها لا ، وأنه لا يجوز له تزوج أخرى بعد صحب عتبه لانتهاء الإذن بالفاسد وعندها له ذلك لأن الإذن لم ينته به . قوله ومسئلة العيّن على هذه الطريقة: أي طريقة إجراء اللفظ على مجموعها (ممنوعة) والطريقة الأخرى أن العبد في النكاح مبيى على الحرية لأنه من خواص الأحمية ، والحاجة إلى إذن السيد تثبت المهر في رقبته ليس غير ، فكأنه قال له إذ قال تزوج اشغل رقبك بمهر ، وهذا يتحقق بمهر مثل في نكاح فاسد وبغيره . وليست هذه الطريقة صحيحة لما سبذكر من ملك السيد إنكاحه وعدم ملكه طلاقه واستقلال العبد بملكه لدفع الضرر عن نفسه لأنه قد يعجز عن الإمسك بالمعروف لتباين الأخلاق وغير ذلك ، فالمرء عليه طريقة الإطلاق . ويجاب عن مسئلة العيّن بأن الإيمان مبنية على العرف ، والعرف فيه الحلف على التزويج الذي هو طريق الإعفاف والتحسين وهو الصحيح : لا الإعفاف بالفعل فمثل ما يقال الإعفاف باطن لا يوقف عليه فلا يلزم الصحيح ليظهر كون الحلف عليه ، والله أعلم .

[فروع] الأول : تزوج العبد بلا إذن فطلقها ثلاثا ثم أذن له السيد فجدد عليها جاز بلا كراهة عند أبي حنيفة ومحمد ، ومع الكراهة عند أبي يوسف . الثاني : زوج بنته من مكاتبه ثم مات الأب لا يفسد النكاح عندنا إلا إن عجز ورد في الرق . وعند الشافعي يفسد للحال لملك زوجته شيئا منه ولذا يحل إعتاقها إياه وبدل الكتابة لها . وقلنا : لم تملكه لأن المكاتب لا يحتمل النقل من ملك إلى ملك مالم يعجز ، وعند ذلك قلنا بفساد النكاح . وإنما ملكت ما في فتمته من بدل الكتابة ، وأما العتق فيه يبرأ عن بدل الكتابة أولا ثم يعتق . الثالث : إذا غر صيد بحرية أمة فتزوجها على أنها حرة فولدت فالولد عبد عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وعند محمد حر بالقيمة كالغمرور الحر (قوله ومن زوج عبدا مأذونا له مديونا امرأة جاز والمرأة أسوة للغرماء) إذا كان النكاح بمهر المثل

صحيحا أو فاسدا حث في يمينه ، كلما في المبسوط . وقوله (كما في البيع) يعني أنه إذا أمره بالبيع مطلقا يتناول الجائز والفاسد . وقوله (على هذه الطريقة) يريد طريقة إجراء اللفظ المطلق على إطلاقه ، ولئن كان قول الكل فالعمر لأبي حنيفة أن مبيى الإيمان على العرف (ومن زوج عبدا مأذونا له مديونا امرأة جاز ، والمرأة أسوة للغرماء) إذا كان النكاح بمهر المثل لما ذكر بقوله (ووجهه) وتقريره لأن المقضى موجود وهو ولاية المولى لتتحقق سببها وهو ملك الرقبة والمناع وهو ملاقة النكاح حتى الغرماء مقصودا بالإبطال متف . وإذا تحقق المقضى وانقضى

(قوله أن مبيى الإيمان على العرف) أقول : قد سبق في فصل الوكالات بالنكاح أن العرف القبل لا يصلح مقيدا للفظ (قال للمصنف : والمرأة أسوة للغرماء) أقول : في القاموس الإسرة بالكسر وتقم : القنوة وما ينسب إلى الخزين الجمع أي بالكسر ويشم اه . وأنت غير بأن هذا المعنى لا يناسب المقام . فإن المرأة تأخذ منهم لاقبلهم (قوله وتقريره لأن المقضى موجود وهو ولاية المولى الخ) أقول : فيه سعة .

بالإبطال مقصودا : إلا أنه إذا صح النكاح وجب الدين بسبب لامرد له فشابه دين الاستهلاك وصار كالمرض المديون إذا تزوج امرأة فيمهر مثلها أسوة للغرماء (ومن زوج أمته فليس عليه أن يبوئها بيت الزوج لكنها تخدم المولى، ويقال للزوج متى ظفرت بها وطئها) لأن حق المولى في الاستخدام باق والتبوة بإبطال له (فإن بوأها

أو أقل ، فلز زوجه منها بأكثر طولب بالزيادة بعد استيفاء الغرماء كدين الصحة مع دين المرض ، وهذا الوجود مقتضى وهو ملك الرقبة وانتفاء المانع ، وما يقال من أنه إبطال لحق الغرماء في قدر المهر ليس به لأن النكاح لا يلاقى حق الغرماء بالإبطال مقصودا ، بل وضعه لتقصيد حل البضع بالملك ثم يثبت المهر حكما له بسبب لامرد له وهو صحة النكاح لصلوره من الأهل في المحل ثم يلزمه بطلان حقهم في مقداره إذا كان مهر مثلها أو أقل لخصوص أمر واقع فهو لازم اللازم باتفاق الحال لا في نفس الأمر فكان ضمنيا فلا يستبرئ في إثباته ونفيه لإحلال المتضمن له لأجله ، وصار كالمرض المديون إذا تزوج امرأة صح وكانت أسوة غرماء الصحة لما ذكرنا (قوله ومن زوج أمته فليس عليه أن يبوئها) وكلنا إذا زوج أم ولده ومدبرته وإن شرط الزوج التبوة لأنه شرط لا يقتضيه العقد على الأمه غير أن النكاح لا يبطل بالشرط القاسد . ومعنى التبوة أن يدفعها للزوج ولا يستخدمها ، فلو كانت تذهب وتجيء وتخدم المولى لا يكون تبوة . وعند الشافعي وأحمد يستخدمها نهارا ويسلمها للزوج ليلا . وعند مالك يسلمه للزوج ليلة بعد ثلاث . قلنا : ملك السيد ثابت في الرقبة ليلا ونهارا وفيها بعد الثلاث والتبوة بإبطال له فيكون إبطال الحق الأعلى بالأدنى وإقدام السيد على العقد لا يستلزم رضاه بالتبوة بل بمجرد إطلاق وطئه لإيها متى ظفر بها يتوفر مقتضاه ، وهذا القدر ثابت ، فإثبات القسم كذلك إثبات بلا دليل . لا يقال : لما ملك منافع بضعها لزمها تسليمها . لأننا نقول : التسليم بالتخيلة والتبوة أمر زائد عليها والنفقة على المولى ما لم يبوئها ، وإذا بوأها ثم بدا له أن يردّها إلى خدمته كان له ذلك ، وكلما بوأها وجبت نفقتها على الزوج ، وكلما أعادها سقطت . فإن قلت : ما الفرق بين أن يشترط الزوج التبوة فيزوجه السيد على هذا الشرط ولا يلزم المولى التبوة وبين أن يشترط الحر المتزوج بأمة رجل حرية أولاده حيث يلزم في هذه الحالة وتبوت حرية ما يأتي من الأولاد ، وهذا أيضا شرط لا يقتضيه نكاح الأمة . فالجواب أن قبول المولى الشرط والزوج على اعتباره هو معنى تعليق الحرية بالولادة

المانع ثبت الحكم البتة ، وإنما قال مقصودا لأن المانعية إنما تتحقق بذلك ، وأما إذا كان ضمنيا فلا معتبر به وههنا كذلك لأن عملية النكاح بالأهمية وحق الغرماء لا يلاقيها ، لكن إذا صح النكاح بولاية المولى تحصيلنا للملكه وجب الدين بسبب لامرد له لعلم انشكاك النكاح عن ثبوت المال فكان كدين الاستهلاك (وصار كالمرض المديون إذا تزوج امرأة فيمهر مثلها أسوة للغرماء) وإذا كان أكثر منه فلا تساويهم بل يؤخر إلى استيفائهم حقهم كدين الصحة مع دين المرض . قال (ومن زوج أمته) بوأت للرجل منزلا وبوأتته منزلا : أى هيئته ومكنت له فيه . ومن زوج أمته (فليس عليه أن يبوئها) أى يبوئ لها بيتا للزوج يبيت إليها (لكنها تخدم المولى ويقال للزوج متى ظفرت بها وطئها) وإنما يقال ذلك لتحقق التسليم وكلامه واضح . وحاصله أن حق المولى ثابت في الرقبة والمنافع سوى منفعة البضع وحق الزوج إنما هو فيها ، ولا يلزم لإبطال الكثير القليل مع إمكان تحصيله من

إذا مقتضى هو التزوج بولاية المولى ، وولاية المولى مسخرة للتزوج ، لكن المراد مقتضى صحة النكاح (قوله لأن عملية النكاح بالأهمية) أقول : لا بالمالية (قوله وحق الغرماء لا يلاقيها) أقول : وإنما يلاقى المالية (قوله بل يؤخر) أقول : أى الزاد .

معه بيتا فلها النفقة والسكنى وإلا فلام لأن النفقة تقابل الاحتباس ، ولو بوأها بيتا ثم بدا له أن يستعملها له ذلك لأن الحق باق لبقاء الملك فلا يسقط بالتبوت كما لا يسقط بالنكاح قال (ذكر ترويع المولى عبده وأمه ولم يذكر رضاهما) وهذا يرجع إلى مذهبي أن للمولى إجبارها على النكاح . وعند الشافعي لا إجبار في العبد وهو رواية عن أبي حنيفة لأن النكاح من خصائص آدمية والعبد داخل تحت ملك المولى من حيث أنه مال فلا يملك

وتعليق ذلك صحيح ، وعند وجود التعليق فيما يصح بمنع الرجوع عن مقتضاه فتثبت الحرية عند الولادة جبرا من غير اختيار ، بخلاف اشتراط التبوت فإن بتعليقها لا تقع هي عند ثبوت الشرط بل يتوقف وجودها على فعل حتى اختياري من فاعل مختار فإذا امتنع لم توجد . فالحاصل أن المطلق هنا وعد يجب الإبقاء به ، غير أنه إن لم ينف به لم يثبت متعلقه : أعني نفس الموعود به ، ولو طلقها باثنا وهي مبرأة يجب لها نفقة العدة ، ولو لم تكن مبرأة من الابتداء أو طلقها بعد رجوع السيد إلى استعمالها لا يجب ، والمكاتب كالحر لزوال يد المولى وهي في يد نفسها فلها النفقة إذا لم تحبس نفسها ظلما ، ولو جاءت الأمة بولد ففقهته على مولى الأمة لأنه ملكه لأعلى الأب (قوله قال) أى صاحب الهداية (ذكر) أى محمد (ترويع المولى عبده وأمه ولم يذكر رضاهما) أى لم يشترطه (وهذا يرجع إلى مذهبي) لأن المذهب (أن للمولى إجبارها) أى أن يعقد لهما فيقيد عليهما علما ورضا أولا كإجبار المولى الصغيرة على ماسلف (وعند الشافعي لا إجبار في العبد) بل في الأمة (وهو رواية) ذكرها (عن أبي حنيفة) صاحب الإيضاح والطحاوي عن أبي يوسف ، وجعلها الوري رواية شاذة للشافعي وجهان : أحدهما أن ما يتناوله النكاح لا يملكه المولى فقده تصرف فيها لا يملكه فاتفق كالأجنبي وكزوجه مكاتبته ، بخلاف أمته يملك ما يتناوله فيملك تملكه . ثانيهما أنه لا يفيد إذ العبد الطليق في الحال فلا يحصل المقصود ، ونحن نقول مناط نفاذ إنكاحه عليه ملكه له المتقضى بملكته من إصلاحه ودفع أسباب الهلاك والنقصان عنه وهو تزويجه ذلك لأنه طريق تحصينه عن الزنا الذى هو طريق الهلاك أو النقصان به أو في ماله لتعيه . وأما جعل مناهه ملك ما يتناوله النكاح وأنها حرة مساوية ينتفى بانتفاها الحكم فباطل لأنها متفوضة طردا في الزوج يملك ما يتناوله النكاح من زوجته ولا يملك تملكه وعكسا بالمولى لا يملكه من مولته وملك تزويجها . وأما نفي الفائدة فظاهر الانقضاء ، بل الظاهر عدم مبادرته للطلاق من وجهين : أحدهما أن عقد النكاح بما ترضى فيه النفس غالبا وتدعو إليه فالظاهر عدم طلب قطعه ، والثاني أن حشمة السيد في قلب عبده مانعة من إجرائه عليه بالمبادرة إلى نقض ما فعله ، فكان الظاهر وجود الفائدة لا نفيها . وأما إلحاقه بالمكاتب والمكاتب فمع الفارق لأنهما المتحققا بالأحرار في التصرفات فلا ينفذ تعريضه عليهما إلا برضاهما وعن هنا استغرقت مسألة نقلت من المحيط هي أن للمولى إذا زوج

غير إبطال الكثير فله أن يزوجها وأن لا يزوجها وأن يستعملها بعد التبوت ، لكنه يسقط نفقتها لما أشار إليه بقوله (لأن النفقة تقابل الاحتباس) . فإن قيل : انقضاء الاحتباس إنما هو لبقاء حق المولى في الاستخدام ومثل ذلك لا يسقط النفقة كالحررة إذا حبست نفسها عنه لاستيفاء الصداق . أجيب بأن الحررة إذا حبست نفسها للملك فالصوت من قبل الزوج باختيار إبقاء ما ألزمه ، وهنا ليس من جهة الزوج بل من جهة من له الحق وهو المولى ، فكانت كالخبيسة بالدين لا نفقة لها ، فإن بوأها معه بيتا فولدت من الزوج لم يكن عليه نفقة الولد لأنه ملك مولاه و نفقة المملوك على المالك . قوله (ذكر تزويج المولى) يعنى ذكر محمد في الجامع الصغير تزويج المولى (عبده وأمه ولم يذكر رضاهما وهذا راجع إلى مذهبي أن للمولى إجبارها على النكاح) ومعنى الإجبار أن للمولى لو باشر النكاح بدون

إنكاحه ، بخلاف الأمة لأنه مالك منافع بضعها فيملك عليها . ولنا أن الإنكاح إصلاح ملكه لأن فيه تخصيصه عن الزنا الذي هو سبب الهلاك أو نقصان فيملكه اعتبارا بالأمة ، بخلاف المكاتب والمكاتب لأنهما التحقا بالأحرار تصرفا فيشترط رضاهما . قال (ومن زوج أمته ثم قتلها قبل أن يدخل بها زوجها فلا مهر لها عند أبي حنيفة ، وقالا :

مكاتبته الصغيرة توقف النكاح على إجازتها لأنها ملحقه بالبالغة فيما ينفي على الكتابة ، ثم إنها لو لم ترد حتى أدت فعتقت بقي النكاح موقوفا على إجازة المولى لأعلى إجازتها لأنها بعد العتق لم تبق مكاتبه وهي صغيرة والصغيرة ليست من أهل الإجازة ، فاعتبر التوقف على إجازتها في حال رقها ولم يعتبر بعد العتق ، هكذا تواردها الشارحون . والذي يقتضيه النظر عدم التوقف على إجازته بعد العتق بل بمجرد عتقها بفصل النكاح لما صرحوا به من أنه إذا تزوج العبد بغير إذن سيده فأعتقه نفذ لأنه لو توقف ، فلما على إجازة المولى وهو متمتع لانقضاء ولايته ، وإما على العبد فلا وجه له لأنه صلب من جهة فكيف يتوقف عليه ولأنه كان نافلا من جهة وإنما توقف على السيد ، فكلم السيد هنا فإنه ولي مجبر ، وإنما التوقف على إذنها لعدم الكتابة وقد زال بقي النكاح من جهة السيد ، فهذا هو الوجه ، وكثيرا ما يفتل الساهون الساهين ، وهذا بخلاف الصبي إذا زوج نفسه بغير إذن وليه فإنه موقوف على إجازة وليه ، فلو بلغ قبل أن يرده لا ينفذ حتى يميزه الصبي لأن العقد حين صلب منه لم يكن نافلا من جهة إذ لا نفاذ في حالة الصبا أو عدم أهلية الرأي ، بخلاف العبد ومولى المكاتب الصغيرة . والحاصل أن الصغير والصغيرة ليسا من أهل العبارة ، بخلاف البالغ ، و سيأتي زيادة في ذلك . وأما الاستدلال بقوله تعالى - ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شيء - وقدره إبطال مأمضاه سيده شيء فيكون مستقيا فضيع ، لأن المراد والله أعلم على شيء من المال لسياقه في مقابلة - ومن رزقناه منا رزقا حسنا - فهو يتفق منه سرا وجهها هل يستون - وللقطع بأنه يملك الطلاق وهو شيء ليس بمال (قوله ومن زوج أمته ثم قتلها الخ) السيد في تزويجه مكاتبته لا يستحق المهر بل

رضاهما نفذ . وقوله (لأن فيه تخصيصه عن الزنا الذي هو سبب الهلاك أو النقصان) يعني أنه إذا حد رجا يقع الحد مهلكا أو جارا ، ففي الأول هلاك ماله ، وفي الثاني نقصانه ، فإنه إذا اشترى عبدا قد حد في الزنا فله أن يرده فيملك الإنكاح جبرا اعتبارا بالأمة ، والجامع قيام سبب الولاية وهو ملك الرقبة وتخصيص ملكه عن الزنا الموجب للهلاك أو النقصان ، وليس المناط في جواز إنكاح الأمة جبرا تملك منافع بضعها لأنه لا يطرد مع الإيجاب ولا يتعكس ، فإن الزوج يملك منافع بضع المرأة ولا يقدر على تزويجها ، والمولى يملك تزويج الصغيرة ولا يملك منافع بضعها فكان التعليل به فاسدا . فإن قيل : لو كان الإيجاب باعتبار تحمين الملك لحاز في المكاتب والمكاتبه ولم يميز ، أجاب بقوله (بخلاف المكاتب والمكاتبه) فإن الملك لما كان فيهما ناقصا بواسطة تملكهما اليد (التحقا بالأحرار تصرفا فيشترط رضاهما) وهما فرع لطيف . وهو أن المولى إذا زوج مكاتبته الصغيرة توقف النكاح على إجازتها لأنها ملحقه بالبالغة فيما ينفي على الكتابة ثم إنها لو لم ترد حتى أدت بدل الكتابة فعتقت بقي النكاح موقوفا على إجازة المولى لأعلى إجازتها لأنها بعد العتق لم تبق مكاتبه وهي صغيرة والصغيرة ليست من أهل الإجازة ، قال في النهاية : وهذه من أغلف المسائل وأصعبها ، حيث اعتبر إجازة المكاتبه في حال رقها ، ولم يعتبر في حالة العتق لما ذكرنا من الفرق (ومن زوج أمته) فانت قبل اللذخول بها ، فإن ماتت حلفت أنها فعل الزوج المهر بالاتفاق ،

(قوله فإنه إذا اشترى عبدا قد حد في الزنا الخ) أقول : فيه ثلث ، فإن قوله فإنه إذا اشترى الخ يدل على أن المحدودية في الزنا هي سبب سواه كان جارحا أولا (قوله وليس المناط في جواز إنكاح الأمة جبرا تملك منافع بضعها الخ) أقول : مخالف لما سبق في فصل المهرات ، وقد نبهنا في أول الباب (قوله فكان التعليل به فاسدا) أقول : بل قيل مراد الشافعي أنه يملك منافع البضع مع البضع نفسه لا رد عليه ما ذكره .

عليه المهر لمولاهما) اعتبارا بموتها حتف أمها ، وهذا لأن المقتول ميت بأجله فصار كما إذا قتلها أجنبي : وله أنه منع المبدل قبل التسليم فيجازى بمنع البدل كما إذا ارتدت الحرة : والقتل في أحكام الدنيا جعل لإتلاف حتى وجب القصاص والدية فكلما في حق المهر (وإن قتلت حرة نفسها قبل أن يدخل بها زوجها فله المهر) خلافا لزفر ، هو يعتبره بالردة ويقتل المولى أمته والجامع

المكتوبة وفي تزويج أمته هو المستحق له ، قلو قتلها قبل الدخول سقط عند أي حنيفة عن الزوج حتى لو كان المولى قبضه يرده عليه . وقالوا : لا يسقط ، والاتفاق على عدم سقوطه بقتله إياها بعد الدخول ويقتل أجنبي ويقتل المولى زوجها وموتها حتف أمها . لهما أن المقتول ميت بأجله ، ولو ماتت جففت أمها لم يسقط بل يقرر بالموت إذ به ينتهي العقد وبانتهاء العقد يقرر البدل فلا يسقط بقتله إياها بعد لزومه قتل الأجنبي إياها . ولأن حنيفة أنه منع المبدل قبل التسليم والتسليم فيجازى بمنع البدل إذا كان من أهل المجازاة كما لو ارتدت الحرة قبل الدخول أو قبلت ابن الزوج . والقتل وإن كان موتا لكنه جعل في أحكام الدنيا لإتلاف حتى وجب به القصاص والدية والضيان فيها لو ذبح شاة غيره وإن كان قد أحلها له وقد ثبتت أحكامه كذلك في حق المولى حتى لزمته الكفارة في الخطأ ، وإنما سقطت الدية والقود للاستحالة ، ولهذا لو كانت الأمة رهنا عند إنسان فقتلها سيدها الزمان ضمن قيمتها له ، ولو لم يكن من أهل المجازاة بأن كان صبيبا زوج أمته وصبيه مثلا قالوا يجب أن لا يسقط في قول أبي حنيفة ، بخلاف الحرة الصغيرة إذا ارتدت يسقط مهرها لأن الصغيرة العاقلة من أهل المجازاة على الردة ، بخلاف غيرها من الأقوال لأنها لم تحظر عليها والردة محظورة عليها . أما الأمة فلا رواية في ردتها . واختلف المشايخ قبل لا يسقط لأن المنع وهو المسقط لم يحمى ممن له الحق وهو المولى ، وقيل يسقط لأن المهر يجب أولا لما تم ينقل إلى المولى بعد الفراغ عن حاجتها حتى لو كان عليها دين يصرف إليه . وحاصل الخلاف الاختلاف في وجود سبب السقوط فتنه وجد وعندهما لم يتحقق قبيح وجوبه السابق على حاله (قوله وإن قتلت حرة نفسها قبل أن يدخل بها فله مهر مثلها) يستحقه ورثتها (خلافا لزفر) ولم يحك خلافا لزفر في البسوط بل خلافا للشافعي وهو قول له ، وله قول آخر بالسقوط ، وإنما قيده بالحرمة لأن في قتل الأمة نفسها روايتين عن أبي حنيفة . وفي رواية لا يسقط كالحرة بل أولى لأن المهر لمولاهما لا لها وهو لم يباشر منع البدل وهو قولهما وقول مالك وقول الشافعي ، وفي رواية يسقط وهو منذهب الشافعي لأن فعل المملوك يضاف إلى مالكه في موجه ، ولنا لو قتلت غيرها كان مخاطب بدفعها أو أو فدانها للمولى فكان في الحكم كقتل المولى لها ، والأوجه ما ذكر في وجه قول من قال من المشايخ في ردتها بالسقوط وهوان المهر يجب أولا لما تم ينقل إلى المولى ، فائدة الألفية ما ذكر أنه إذا كان عليها دين قضى ولم يعط للمولى إلا ما فضل . لفر القياس على ردتها الاتفاقية . ويقتل المولى أمته على قول أبي حنيفة (والجامع)

وإن قتلها أجنبي فكل ذلك ، وإن قتلها مولاهما فكل ذلك عندهما ، وعند أبي حنيفة لأمهر عليه المولى ، قالوا : المقتول ميت بأجله عند أهل الحق فلا فرق بين الضرر الثلاث (وله أن ألوى منع المبدل قبل التسليم فيجازى بمنع البدل كما إذا ارتدت الحرة) تجازى بمنع البدل عند عدم تسليمها البدل ، وفي قوله يجازى المجازاة إلى الجواب عما يقال الصغيرة إذا ارتدت من أم زوجها أو المحنونة إذا قبلت ابن زوجها بشبهة قبل الدخول متبنا المبدل قبل التسليم حيث ياتى منه ولم يسقط المهر وذلك لأنها ليست من أهل المجازاة . ونوقض بالصغيرة العاقلة إذا ارتدت قبل الدخول تجازى بسقوط المهر فلم ينافى الصغر المجازاة . وأجيب بأن ترك مجازاة الصغيرة إنما يكون على أفعال غير محظورة ، والردة محظورة إذا كانت عاقلة بدليل أنها تحرم الميراث بسببها وتستتاب بالخيس ، وقوله (والقتل في أحكام الدنيا) جواب عن قولهما لأن الميت مقتول بأجله (فإن قتلت حرة نفسها قبل الدخول بها فله المهر خلافا لزفر . هو يعتبره بالردة ويقتل المولى أمته لما بينا من الجامع) أنه منع المبدل قبل التسليم

ماييناه . ولنا أن جناية المراء على نفسه غير معتبرة في حق أحكام الدنيا فشابه موتها حنف أنها ، بخلاف قتل المولى أمته لأنه معتبر في حق أحكام الدنيا حتى تجب الكفارة عليه . قال (وإذا تزوج أمة فالإذن في العزل إلى المولى) عند أبي حنيفة . وعن أبي يوسف ومحمد أن الإذن في العزل إليها لأن الوطء حقها حتى تثبت لها ولاية

بين المقيس وهو قتلها نفسها والمقيس عليه وهو ردتها (ماينا) من منع المبدل قبل التسليم . ولنا أن جناية المراء على نفسه هل في أحكام الدنيا إنما يواخذ بها في الآخرة ، ولذا قال أبو حنيفة ومحمد في قاتل نفسه ، إنه يغسل ويصلى عليه ، ولم يعتبره بأغيا على نفسه ، بخلاف ردتها لأنها معتبرة في أحكام الدنيا حتى حبست بها وعزرت وانسخ نكاحها فيسقط بها المهر ، بخلاف قتل المولى أمته لأنه اعتبر في أحكام الدنيا حتى وجبت عليه الكفارة . ولو سلم قتلها نفسها تفويت بعد الموت وباللوت صار المهر للورثة فلا يسقط بفعلها حتى غيرها ، أما الأمة فبهرها ملك المولى فكأنه فعله إبطالا لحق نفسه وهو يملكه ، كن قال لغيره اقتل عبدي فقتله لا يجب عليه قيمته ، ولو قال الحر اقتلني فقتله كان على القاتل الدية لأنه في الأول يبطل لحق نفسه ، وفي الثاني يبطل لحق الورثة . واستشكل بالحرية يقتلها وارثها لا يسقط المهر . أجيب بأنه صار محروما بالقتل فلم يكن بالقتل مبطلا حتى نفسه في المهر (قوله وإذا تزوج أمة فالإذن في العزل إلى المولى عند أبي حنيفة) العزل جائز عند عامة العلماء ، وكرهه قوم من الصحابة وغيرهم لما في مسلم من حديث عائشة رضي الله عنها عن جدامة بنت وهب أخت عكاشة قالت « حضرت رسول الله صلى الله عليه وسلم في أناس فسألوه عن العزل ، قال : ذلك الوأد الخفي » وكذا ذكر شعبة عن عن عاصم عن زرعة^١ وصح عن ابن مسعود أنه قال « هو المودة الصغرى » وصح عن أبي أمامة أنه سئل عنه فقال : ما كنت أرى مسلما يفعله ، وقال نافع عن ابن عمر : ضرب عمر على العزل بعض بنيه . وعن حمز وعثمان أنهما : كانا يتناهن عن العزل . والصحيح الجواز ، في الصحيحين عن جابر « كنا نزل والقرآن ينزل » وفي مسلم عنه : « كنا نعزل على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فبلغ ذلك النبي صلى الله عليه وسلم فلم يتنا » وفي السنن عن أبي سعيد الخدري « أن رجلا قال : يا رسول الله إن لي جارية وأنا أعزل عنها وأنا أكره أن تحمل وأنا أريد ما يزيد الرجال ، وإن اليهود تحدث أن العزل هو المودة الصغرى ، قال : كذبت يهود ، لو أراد الله أن يخلق ما استطعت أن تصرفه » وفي صحيح مسلم عن جابر قال « سألت رجل النبي صلى الله عليه وسلم فقال : إن عندي جارية وأنا أعزل عنها ، فقال صلى الله عليه وسلم : إن ذلك لا يمنع شيئا أراد الله تعالى ، قال : فجاء الرجل فقال : يا رسول الله إن الجارية التي كنت ذكرتها لك فحللت ، فقال صلى الله عليه وسلم :

وقوله (ولنا أن جناية المراء) ظاهر . وقوله (حتى تجب الكفارة عليه) يعني إذا قتلها خطأ ، وكذلك يجب الضمان على المولى إن كان عليها دين . قال (وإذا تزوج أمة فالإذن في العزل إلى المولى) في هذه المسئلة دلالة على جواز العزل . وسئل ابن مسعود عنه فقال : لا بأس به ، ولو أن الله تعالى أخذ ميثاق نعمة فلو ألقينا في حفرة نخلت فيها . وروى أبو سعيد الخدري عن النبي صلى الله عليه وسلم مثله . وهو على ثلاثة أقسام : . عزل عن أمته المملوكة له ولا إذن فيه إلى أحد . وعزل عن المرأة الحرة والإذن فيه إليها وهذان بالاشفاق . وعزل عن الأمة المنكوحة

(١) جدامة : يسم الجليح بعدها ذال هملة كما في القاموس لاسمجة كما في بعض النسخ كنيه مصححه .

(٢) هكذا زرعة بالراء بعد الزاي في بعض النسخ ، وفي بعض آخر : زمة ، يلزم بدل الراء واليرور ، كنه مصححه .

المطالبة ، وفي العزل تنقيص عنها فيشترط رضاها كما في الحرية ، بخلاف الأمة المملوكة لأنه لا مطالبة لها فلا يعتبر رضاها . وجه ظاهر الرواية أن العزل يحل بمقصود الولد وهو حق المولى فيعتبر رضاها وبهذا فارتقت الحرية

أنا عبد الله ورسوله ، فهذه الأحاديث ظاهرة في جواز العزل . وقد روى عن عشرة من الصحابة : علي وسعد بن أبي وقاص وزيد بن ثابت وأبي أيوب وجابر وابن عباس وأنس بن مالك وعبد الله بن مسعود وروى أيضا عن ابن عباس ، وحديث السنن يلقح حديث جدامة ، وهو وإن كان في السنن فهو حديث صحيح ، وإن وقع فيه اختلاف على يحيى بن أبي كثير ، قيل فيه عن محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان عن جابر ، وقيل فيه عن أبي مطيع بن رفاع ، وقيل عن رفاع ، وقيل عن أبي سلمة عن أبي هريرة ، فإن الطرق كلها صحيحة ، وجاز أن يكون الحديث عند يحيى من حديث الكل بهذه الطرق ، لكن بقي أنها إذا تعارضت يجب ترجيح حديث جدامة لأنه مخرج عن الأصل : أخى الإباحة الأصلية ، إلا أن كثرة الأحاديث تدل على اشتباه خلافه ، وقد اتفق عمر وعلي رضي الله عنهما أنها لا تكون موعودة حتى تمر عليها الثارات السبع . أسند أبو يعلى وغيره عن عبيد بن رفاع عن أبيه قال : جلس إلى عمر وعلي والزبير وسعد في نفر من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما كروا العزل قالوا لا بأس به ، فقال رجل منهم : إنهم يزعمون أنها الموعودة الصغرى ، فقال علي : لا تكون موعودة حتى تمر عليها الثارات السبع : حتى تكون سلالة من طين ، ثم تكون نطفة ، ثم تكون حلقة ، ثم تكون مضغة ، ثم تكون عظاما ، ثم تكون لحما ، ثم تكون خلقا آخر ، فقال عمر : صدقت ، أطال الله بقاءكم . وفيه خلاف ما عن علي وعمر من المنع المتقدم ، ثم في بعض أجوبة المشايخ الكراهة وفي بعضها علمها ، ثم على الجواز في أمته لا يفرض إلى إذنها ، وفي زوجته الحرية يفرض إلى رضاها ، وفي منكوحة الأمة يفرض إلى الإذن والخلاف في أنه للسيد أو لها وهي هذه المسئلة وفي الفتاوى : إن خاف من الولد سوء في الحرية سعه العزل بغير رضاها لقساد الزمان فليعتبر مثله من الأعلام مسقطا لإذنها . ثم في بعض نسخ الهداية : وقال أبو يوسف ومحمد : وهو الموافق لما ذكره الصدر الشهيد والعلاني وفي بعضها : وعن أبي يوسف ومحمد وهي النسخة الصحيحة ، لأنه لم يذكر الخلاف في ظاهر الرواية بل ذكر الجواب في الجامع الصغير أنه لو لاها من غير حكاية خلاف ، وبقرينة قوله في وجه قول أبي حنيفة وجه ظاهر الرواية . وجه المروى عنهما أن الوطء حقا حتى إن لها المطالبة به ، وفي العزل تنقيصه فيشترط رضاها به كالحرة وجه الظاهر أن حقا في نفس الوطء قد تأدى بالجماع ، فإن قضاء الشهوة به ، وأما سفع الماء فلأنما فائدته الولد والحق فيه لو لاها لأنه عبده ومستفاده فيشترط إذنه . ثم إذا عزل بإذن أو بغير إذن ثم ظهر بها حبل هل يحل نفيه أم لا ؟ قالوا : إن لم يعد إليها أو عاد ولكن بال قبل العود حل نفيه وإن لم يزل لم يحل ، كلما روى عن علي لأن بقية المني في ذكره يسقط فيها ، ولذا قال أبو حنيفة في إذا اغتسل من الجنابة قبل البول ثم بال فخرج المني وجب عليه إعادة الغسل . وفي فتاوى قاضيخان : رجل له جارية غير محصنة تخرج وتدخل ويمزل عنها المولى فجاءت بولد وأكبر ظنه أنه ليس منه كان في سعة من نفيه ، وإن كانت محصنة لا يسعه نفيه لأنه ربما يزل فيقع الماء في القرج الخارج ثم يدخل فلا يحمى على العزل ، ولو كان الزوج عتينا قالوا الخصومة للمولى أو لها على الخلاف ، وهل يباح الإسقاط بعد الحبل ؟ يباح ما لم يتحقق شيء منه ثم في غير موضع ، قالوا : ولا يكون ذلك إلا بعد مائة وعشرين يوما ، وهذا يقتضي أنهم أرادوا بالتخليق نفع الروح ولا فهو غلط

(وإن تزوجت بإذن مولاهما ثم أعتقت فلها الخيار حراً كان زوجها أو عبداً) لقوله عليه الصلاة والسلام لبريرة حين عتقت « ملكت بضعك فاختارى » فالتعليل بملك البضع صدر مطلقاً فينتظم الفصلين ، والشافعي يخالفنا فيما إذا كان زوجها حراً وهو محجوج به ،

لأن الصلح يتحقق بالمشاهدة قبل هذه المدة (قوله وإذا تزوجت أمة بإذن مولاهما) أو زوجها هو برضاها أو بغير رضاها (ثم أعتقت فلها الخيار حراً كان زوجها أو عبداً) أما إذا تزوجت نفسها بغير إذنه ثم أعتقتها فسيأتى أنه ينفذ النكاح بالإعتاق ولا خيار لها (والشافعي يخالفنا فيما إذا كان زوجها حراً) فلا خيار لها وهو قول مالك ، ومنشأ الخلاف في ترجيح إحدى الروايتين المتعارضتين في زوج بريرة أكان حين أعتقت حراً أو عبداً ؟ وفي ترجيح المعنى المحلل به . أما الأول فثبت في الصحيحين من حديث عائشة رضى الله عنها « أن النبي صلى الله عليه وسلم خيرها وكان زوجها عبداً » رواها القاسم ، ولم تختلف الروايات عن ابن عباس أنه كان عبداً ، وثبت في الصحيحين أنه كان حراً حين أعتقت ، وهكذا روى في السنن الأربعة ، وقال الترمذى : حديث حسن صحيح . والرجح يقتضى في رواية عائشة ترجيح أنه كان حراً ، وذلك أن رواية هذا الحديث عن عائشة ثلاثة الأسود وعروة والقاسم ، فأما الأسود فلم يختلف فيه عن عائشة أنه كان حراً ، وأما عروة فعنه روايتان صحيحتان إحداهما أنه كان حراً والأخرى أنه كان عبداً ، وأما عبد الرحمن بن القاسم فعنه أيضاً روايتان صحيحتان إحداهما أنه كان حراً والأخرى الشك . ووجه آخر من الترجيح مطلقاً لا يخص بالمرورى فيه عن عائشة وهو أن رواية وخيرها صلى الله عليه وسلم وكان زوجها عبداً ، يحتمل كون الواو فيه للطف لا للحال . وحاصله أنه لإخبار الأمرين ، وكونه اتصف بالرق لا يستلزم كون ذلك كان حال عتقها هذا بعد احتمال أن يزداد العبد العتيق مجازاً باعتبار ما كان وهو شائع في العرف . والذى لا مرد له من الترجيح أن رواية كان حراً أنص من كان عبداً لما قلنا ، وتثبت زيادة فهمى أولى وأيضاً فهمى مجة وتلك نافية للحلم بأنه كان حاله الأصلية الرق والثاني هو المقتضى والمثبت هو المخرج عنها . وأما المعنى المحلل به فقد اختلف فيه فالشافعي وغيره عيونه يعلم الكفاءة وهو ضعيف فإن ثبوته إنما يعتبر في الابتداء

وفي تعيين الآذن اختلاف كما ذكره في الكتاب وهو واضح (وإن تزوجت بإذن مولاهما) أو زوجها مولاهما (ثم أعتقت فلها الخيار) إن شاعت أقامت معه وإن شاعت فارقت ، سواء كان زوجها حراً أو عبداً . وقال الشافعي : إن كان عبداً فلها الخيار ، وإن كان حراً فلا خيار لها ، واستدل على ذلك بما روى « أن عائشة لما أرادت أن تنحى مملوكين لها متناكحين سألت النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك فأمرها بالبينة بالغلام » قال : وإنما أمرها بذلك لثلاث يثبت لها الخيار ، ولأن الخيار فيما إذا كان عبداً لعدم الكفاءة وهى موجودة في الحر . ولنا أن عائشة أعتقت بريرة فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم « ملكت بضعك فاختارى » فالتعليل بملك البضع صدر مطلقاً فينتظم الفصلين (الحر والعبد ، وإنما قال بالتعليل لأنه من باب قوله ما فسجد فالشافعي محجوج به . فإن قيل : روى صاحب السنن بإسناده إلى عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه عن عائشة « أن بريرة خيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان زوجها عبداً » وروى أيضاً بإسناده إلى حكيم عن ابن عباس وأن زوج بريرة كان عبداً أسود يسمى مغيثاً فخيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم وأمرها أن تتحد « فأتى يكون الشافعي به محجوجاً ؟ قلت : روى

(قوله قال وإنما أمرها بذلك لثلاث يثبت لها الخيار) أقول : يعنى قال الشافعي : وإنما أمرها الخ .

ولأنه يزاد الملك عليها عند العتق فيملك الزوج بعده ثلاث تطليقات فملك رفع أصل العقد دفعا للزيادة

لا في البقاء ، ألا ترى أنه لو أعسر الزوج في البقاء أو انتفى نسبه لا يثبت لها الخيار . وأصحابنا تارة يعطلونه بزيادة الملك عليها لأنها كانت بحيث تخلف بنتين فإزداد الملك عليها ، وهذا من رد المختلف إلى المختلف فإن الطلاق عند الشافعي بالرجال لا بالنساء ، وكأنه اعتاد على إثبات الأصل المختلف فيه . وأورد أنه دفع ضرر بإثبات ضرر وهو رفع أصل العقد . وأجيب بأنها لا تتمكن إلا به مع أنه رضى به بحيث تزوج أمه مع علمه بأنها قد عتقت ، ثم إنه استضعف بأن عدم ملكه الثالثة لا يستلزم نقصان مملوكيتها ولا ملكه الثالثة يستلزم طولها ، فقد تطول مملوكيتها مع ملكه ثنتين بأن لا يطلقها أصلا إلى الموت فلا ضابط للملك ، وتارة بعله منصوبة وهي ملكها بضعها . روى أبو بكر الرازي بسنده إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لما حين أعتقت « ملكتك بضعك فاخترى » وروى ابن سعد في الطبقات : أخبرنا عبد الوهاب بن عطاء عن داود بن أبي عبيد عن عامر الشعبي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لبريرة لما أعتقت « قد عتقت بضعك فاخترى » وهذا مرسل وهو حجة : وأخرج الدارقطني عن عائشة رضى الله عنها أنه صلى الله عليه وسلم قال لبريرة لما عتقت « ادعي » ، فقد عتقت بضعك معك « وليس لقوله ذلك فائدة فيها يظهر إلا التنبيه على ثبوت اختيارها نفسها ، وقد جاء في بعض طرق حديث لبريرة أنه صلى الله عليه وسلم قال لها « ملكتك نفسك فاخترى » فقد تظافرت هذه الطرق على هذه العلة ، وإذن قالوا يجب أن تكون هي المعبرة ، ويكون مذكروه من التعليل بزيادة الملك إظهار حكمة هذه العلة المنصوبة ، ومنعضاة ثبوت الخيار لها فيها إذا كان زوجها حرا أو عبدا وفيها إذا كانت مكاتبه عتقت بأداء الكتابة بعد ما زوجها سيدها برضاها أو غيره وخالف زفر في المكاتبه وهي المسئلة التي تلي هذه في الكتاب ، واستدل بأن العقد نفذ برضاها فلا خيار لها ، ولو صح لزم أن سيد الأمة لو زوجها برضاها ومشاورتها في ذلك أن لا خيار لها وليس بصحيح . والأوجه في استدلاله أن النص لم يتناولها وهو قوله عليه الصلاة والسلام « ملكتك بضعك فاخترى » إذ المكاتبه كانت مالكة لبضعها قبل العتق . وأجيب بالتمتع لأن ملك البضع تابع لملك نفسها ولم تكن مالكة نفسها وإنما كانت مالكة لأكسابها . ولقائل أن يقول إن قوله صلى الله عليه وسلم « ملكتك بضعك » ليس معناه إلا منافع بضعك إذ لا يمكن ملكها لعينه وملكها لأكسابها تبع للملكها لمنافع نفسها وأعضائها فيلزم كونها مالكة لبضعها بالمعنى المراد قبل العتق فلم يتناولها النص ، وترجح قول زفر . وفي المبسوط : لو كانت حرة في أصل العقد ثم صارت أمة بأن

البخاري ومسلم وأبو داود والنسائي والترمذي وابن ماجه وأحمد « أن لبريرة أعتقت زوجها حرة إذا تعارضت الروايتان تركناها وصرفنا إلى ما يدل عليه لفظ الحديث على ما ذكرنا فكان محجوجا به ، وقد سلكتنا مسلك الجميع في التقرير بأن المثلث أولى من الثاني فليطلب ثمة . وقوله (ولأنه يزاد الملك) دليل معقول وقد تقدم بيانه . ورد بأن عدة الطلاق عنده معتبرة بالرجال فلا يزيد عليها الملك إذا كان الزوج حرا . وأجيب بأن كونها معتبرة بالنساء ثابت بدليل قوى على ما سيحكيه فيلزم عليها أن يزداد إذا أعتقت وإن كان حرا ، ولا نسلم أن أمره عليه الصلاة والسلام بالبداة بالغلام لذلك ، وإنما كان لإظهار فضيلة الرجال على النساء ، فإنها لو أعتقتها معا لثبت الخيار أيضا عنده ، وليس بثبوت الخيار في العهد لعلم الكفاة فإن الكفاة شرط في الابتداء دون البقاء ، ألا ترى أن الزوج إن أعسر حتى خرج عن كفايتها لم يكن لها خيار وإنما الخيار لزيادة الملك عليها ، ولا فرق في ذلك بين

(قوله وقد تقدم بيانه) أقوله : في باب الأولياء والاعتقاد .

(وكتلك المكاتبه) يعنى إذا تزوجت بإذن مولاهم عتقت : وقال زفر : لا خيار لها لأن العقد نفذ عليها برضاها وكان المهر لها فلا معنى لإثبات الخيار : بخلاف الأمة لأنه لا يعتبر رضاها . ولنا أن العلة لأزيداد الملك وقد وجدناها فى المكاتبه لأن عتقها قرمان وطلاتها ثنتان (وإن تزوجت أمة بغير إذن مولاهم أعتقت صح النكاح) لأنها من أهل العباره وامتناع النفوذ لحق المولى وقد زال (ولا خيار لها) لأن النفوذ بعد العتق فلا تتحقق زيادة

ارتدت امرأة مع زوجها ولحقا بدار الحرب معا ثم سبيا معا ثم عتقت فلها الخيار عند أبى يوسف لأنها بالعتق ملكت نفسها وازداد ملك الزوج عليها . وقال محمد : لا خيار لها لأن بأصل العقد ثبت عليها ملك كامل برضاها ، ثم انتقص الملك بمرض الرق فإذا عتقت عاد الملك إلى أصله كما كان فلا يثبت الخيار لها (قوله وإن تزوجت أمة بغير إذن مولاهم أعتقت صح النكاح) أى نفذ بمجرد العتق ، ولا فرق بين الأمة والعبد فى هذا الحكم ، وإنما فرضها فى الأمة ليرتب عليها المسئلة التى تليها فريضا . وعن زفر أنه يطل النكاح لأن توقفه كان على إجازة المولى فلا ينفذ من جهة غيره ، ولا يمكن إيقاضه موقوفا على إجارته بعد بطلان ولايته ، وإذا بطل تنفيذ وتوقفه لزم بطلانه بالضرورة إذ لا واسطة وصار كما إذا اشترت ثم عتقت فإنه يطل ولا يتوقف لما قلنا من عدم إمكان القسمين . ولنا أن الأمة والعبد من أهل العباره ولنا صريح إقرارهما بالديون وبالبان بعد العتق . وأهليه العباره من خواص الآدمية وهى مبقاة فيهما على أصل الحرية (وامتناع النفوذ لحق المولى وقد زال) بالعتق . وحاصل هذا أنه نافذ من جهتها ، ويجب أن ينفذ من جهة المولى مادام حقه ، فإذا زال بى النفاذ من غير جهة توقف . وأما البطلان فيها ذكر فليس لما قال بل لزوم تحول حكم العقد الواحد فإنه انعقد موجبا لملك المولى ولو نفذ بعد عتقها كان موجبا للملك لها . وأورد على التعليل التفض بصور ، وهى مالو تزوج بغير إذن مولاه ثم أذن لا يجوز ذلك النكاح حتى يجيز ماصنع ، وما إذا زوج فضولى شخصا ثم وكله توقف على إجازة الفضولى بعد الوكالة ، وما إذا زوج ولى أبعد مع وجود الأقرب ثم غاب الأقرب أومات فتحولت الولاية إلى المزوج توقف على إجازة مستأنفة منه ، وكذا سيد المكاتبه الصغيره إذا زوجها بلا إذنها توقف على إجازتها ، فإذا أدت وعتقت لا يجوز ذلك النكاح إلا بإجازة مستقبله من السيد مع أنه المزوج . أجيب عن الأول والثانى بأن الإذن والتوكيل فك الحجر بالنسبة إلى ما يستقبل من وقتها فلا يعملان فيها قبلهما ، وكان مقتضى هذا أن لا يجوز بالإجازة أيضا إلا أنا استحسانه ، وعن الثالث بأن الأبعد لم يكن وليا حين زوج ومن ليس وليا فى شيء لا يتأذى فى عواقبه ويحكم الرأى فيه بل يتوانى اتكالا على رأى الأقرب فلم يكن النكاح على الوجه الأصح ظاهرا فيجب توقيفه على إجازته بعد صيرورته وليا ليثبت كونه أصح . قال فى القوائد الظهيرية : وبهذا الحرف يقع الانفصال عن النفس الرابع : يعنى سيد المكاتبه الصغيره . وقد يفرق بأن الولى الأبعد إنما يظهر فيه ترك النظر بعد تسليم ظهوره فيه لاعتياده على رأى الأقرب ، أما هنا فلا يتجه اعتماد المولى على رأى الصغيره فيترك النظر فكان الظاهر النظر منه لظهوره من مجرد الدين والنسبة الخاصة من غير ما يوجب بطلان ظهوره فيه فيجب الحكم بالنفاذ بالعتق على ما قدمناه وعدناه من الزيادة ويجب لها خيار البلوغ (قوله ولا خيار لها) لأن النفوذ بعد العتق وخيار العتق إنما شرع فى نكاح نافذ

الحر والعبد (وكتلك المكاتبه) يعنى إذا تزوجت بإذن مولاهم أعتقت) كان لها الخيار ، سواء كان الزوج حرا أو عبدا لزيادة الملك عليها (وقال زفر : لا خيار لها) لأن ثبوت الخيار فى الأمة لنفوذ العقد بغير رضاها وسلامة المهر لمولاهم وهذا غير موجود ههنا ، فإن المهر لها والنكاح ما نفذ إلا برضاها ودليلتنا فيه ظاهر مما تقدم (وإن تزوجت أمة بغير إذن مولاهم أعتقت صح النكاح) لا خيار لها) أما صحة النكاح فلوجود المقتضى لصدر

المالك . كما إذا تزوجت نفسها بعد العتق (فإن كانت تزوجت بغير إذنه على ألف ومهر مثلها مائة فليخل بها زوجها ثم أعطاها مولاهما فالمهر للمولى) لأنه استوفى منافع مملوكة للمولى (وإن لم يدخل بها حتى أعطاها فالمهر لها) لأنه استوفى منافع مملوكة لها . والمراد بالمهر الألف المسمى لأن نفاذ العقد بالعتق استند إلى وقت وجود العقد فصحت التسمية ووجب المسمى ،

قبل العتق لدفع زيادة الملك فلا تتحقق زيادة الملك للملك . وأورد ينبغي أن يثبت لها الخيار لأن بالاستناد يظهر أن النفاذ قبل العتق . والجواب أن الشيء يثبت ثم يستند وحال ثبوته كان بعد العتق فانتفى الخيار بعده (قوله فإن كانت تزوجت بغير إذنه على ألف ومهر مثلها مائة) نص على زيادة المسمى على مهر المثل ، والجواب على التخصيص ، إن دخل بها قبل العتق فالمهر للسيد لأنه استوفى منافع مملوكة له أو بعده فلها لأنه استوفى منافع لها . وكان يتبادر أن في الوطء قبل العتق مهر المثل للسيد لعدم صحة التسمية حيث كان دخولا في نكاح موقوف وهو كالتفاسد حيث لا يعمل الوطء فيه فوجب قيمة البضع المستوفى منافع المملوكة للسيد فلا يجب الزيادة لها على هذا خلافا لما قيل من الزيادة لها ، لأن الزيادة إنما تثبت باعتبار صحة التسمية ، وهذا التجزئة على اعتبار علمها ، والثابت بهذا الاعتبار ليس إلا مهر المثل وهو كله للسيد ، ثم إذا اعتقت ووطئها يجب المسمى لها لأنه يصح بصفحة العقد

الركن الذي هو الإيجاب والقبول من أمه لكونها من أهل العبارة وانتفاء المانع ، لأن امتناع النفوذ كان لحق المولى وقد زال . وأما علم الخيار فلأن النفوذ بعد العتق فلا تتحقق زيادة الملك ، كما لو تزوجت نفسها بعد العتق والحكم في العبد كذلك ، وإنما خصص الأمة بالذكر ليعني المسئلة المتعلقة بالمهر عليها لأنها لاتتأق في حق العبد ، ويجوز أن يكون تخصيصه بالأمة لتفريع مسئلة الخيار عليها لأنها تخصص بالإمام دون السيد . وقوله (فإن كانت تزوجت بغير إذنه) ظاهر ، وإنما قال في صورة المسئلة بأن المسمى ألف ومهر المثل مائة يعلم أن المسمى وإن زاد على مهر المثل فهو للمولى إذا كان الدخول قبل العتق وكان ينبغي أن يكون ما يوازي مهر المثل للمولى وما زاد للمرأة ، لأن مهر المثل قيمة البضع من كل وجه دون الزائد عليه والبضع ملك المولى فكان قيمته له لا الزائد على قيمة ملكه . وجوابه ما ذكره في الكتاب بقوله (والمراد بالمهر الألف المسمى لأن نفاذ العقد بالعتق استند إلى وقت وجود العقد فصحت التسمية ووجب المسمى) للمولى إن أعطاها بعد الدخول والأمة إن أعطاها قبله . فإن قيل : كيف يستند الجواز إلى وقت العقد والمانع عن الامتناع قائم لأن المانع من الجوازه الملك والمالك قد زال بالعتق مقتصر ، ألا ترى أن الأمة إذا حرمت حرمة غليظة على زوج كان لها قبل ذلك وتزوجت بغير إذن المولى فدخل بها فأعطاها للمولى لاحتل على زوجها الأول باعتبار أن العقد غير معتبر في حق هذا الدخول الذي كان قبل

(قوله لتفريع مسئلة الخيار عليها) أقول : ينبغي قوله ولا خيار لها (قوله وكان ينبغي ، إل قوله : لا الزائد على قيمة ملكه) أقول : فيه بحث ، فإن المرأة تأخذ ما تأخذ بعد منافع البضع أيضا ، فما وجه أخذ المرأة مائة إذا لم تكن قيمة البضع من وجه فليعلم (قوله وجواب ما ذكره في الكتاب بقوله والمراد الخ) أقول : والأظهر حتى أن قوله والمراد الخ جواب عما صي يقال ينبغي أن يجب هنا مهر المثل منه أي خفية لأنه الأصل عنه حل مهر ، والتسمية تغير صفة لعدم صحة النكاح من الإبداء وهو زمان وجود التسمية (قوله فإن قيل : كيف يستند الجواز) أقول : المراد من الجواز النفاذ (قوله لأن المانع من الجوازه الملك الخ) أقول : ولا يبعد أن يقال الملك مانع من النفاذ إبداء لحق المولى ، ولا يمنع استناد رعاية لغة أيضا حيث يستحق حيث المسمى وهو أكثر على مفسر ، وفيه شبه لا ينبغي جوابه ، ألا فليكن فهو كونه ^v ٧ وأما الجواب فهو أنه (قوله إذا حرمت حرمة غليظة) أقول : بأن ملقتها اثنين (قوله وتزوجت بغير إذن المولى)

فيجب مهران المسمى "ومهر المثل لكن انهدم ذلك كله بسبب استناد النفاذ لأن النافذ ليس إلا ذلك العقد ، وحين صبح العقد لزوم صحة التسمية ويلزمه بطلان لزوم مهر المثل لأنه لا يجب معه . لا يقال : فيجب أن يكون المهر في الوجهين لها لأنه بالاستناد صارت مالكة لمنافع بضعها من وقت العقد . لأننا نقول : الاستناد يظهر أثره في القائم لا في الفات ، ومنافع البضع فائتة . وحين فائت فائت على ملك المولى فكان بدله له . وقد يورد فيقال : لو استند إلى أصل العقد يجب كون المهر للمولى كما لو تزوجت بإذن المولى ولم يدخل بها حتى أعقها وهو بمنزل عن صورة المسئلة فلأنها النفاذ بالمتى وبه تملك منافعها ، بخلاف النفاذ بالإذن والرق قائم . هذا إذا كانت الأمة كبيرة ، فإن كانت صغيرة فاعتقها يبطل النكاح عند زفر : وعندنا يتوقف على إجازة المولى إن لم يكن لها عصبة سواء . فإذا أجاز نكح . فإذا بلغت بعد ذلك فلها خيار البلوغ إلا إذا كان المحيز أباًها أو جدها ، وقلنا باب الأولياء أنه يستغنى بخيار الإضرار عن خيار العتي لأنه المنجز (قوله ولهذا) أى الاتحاد بالاستناد (لم يجب مهر آخر)

العتي . أوجب بأن ما ذكرته قياس ، فإن القياس هو أن يلزمه مهران مهر بالدخول قبل نفاذ النكاح وهو مهر المثل ومهر بالنكاح وهو المسمى لما ذكرت من وجود المنافع عن الاستناد ، إلا أنهم استحسنوا فقالوا : يلزمه مهر واحد وهو المسمى وقت العقد ، لأنه لو وجب مهر بالدخول لوجب بحكم العقد ، إذ لولاه لوجب الحد فكان المهر واجبا بالدخول مضافا إلى العقد ، فليجب مهر آخر بالعقد جمع بين المهرين بعقد واحد وهو ممتنع ، وهذا كما ترى لا يندمج لأن المنافع من الاستناد على ما ذكره من المسائل لم يزل ، والأولى أن يقال : ليس بالمنافع من الجواز في الاستحسان الملك ، وإنما هو الحاجة إلى الصيانة عن الإضرار بالمولى ، ففى أعقها المولى فقد خلا هذا النكاح عن الإضرار بالمولى من وقت وجوده فثبت الجواز من ذلك الوقت وظهر من هذا قوله ولهذا لم يجب مهر آخر بالوطء في نكاح موقوف الخ . وأوجب عن عدم زوال الحرمة الغليظة بأن امتناع حلها على زوجها الأول إنما كان لأن الاستناد يظهر في القائم لا في المتلاشي ، والمستوفى بالوطء متلاش . فإن قيل : القول بالاستناد ينتقض بالمسئلة الثانية وهى قوله وإن لم يدخل بها حتى أعقها فالمر لها ، ولو استند الجواز إلى أصل العقد يجب أن يكون المهر للمولى ، كما لو تزوجت بإذن المولى ولم يدخل بها الزوج حتى أعقها . أوجب بأن حكم الاستناد يظهر فيما لا يختلف مستحقه لأنها يختلف ، وهما يختلف لأن المستحق زمان الثبوت هو الأمة وزمان العقد هو المولى ، فلما كان المستحق زمان الثبوت هو الأمة امتنع استناد هذا الاستحقاق إلى زمان العقد ، لأنه لو استند هذا الاستحقاق إلى زمان العقد يبطل هذا الاستحقاق زمان الثبوت فيبطل الاستناد من حيث يثبت .

أقول : أى : تزوجت بزوج آخر (قوله والمستوفى بالوطء متلاش الخ) أقول : إذا كان المستوفى بالوطء متلاشيا فكيف يلزم باعتباره مهر كامل المولى إذا كان الوطء قبل الإعتاق ، ولعل الأولى أن يقال : نكاح منصوب في التعليل فيجوز وجوده على وجه التكال كما قالوا في قبض المهر والرمز ، وما ثبت بالاستناد ثابت من وجه دون وجه فقبل (قوله لأن المستحق زمان الثبوت الخ) أقول : أى ثبوت النكاح ونقضه .

بالوطء في نكاح موقوف لأن العقد قد اتحد باستناد الناذ فلا يوجب إلا مهرًا واحدًا (ومن وطئ أمة ابنه فولدت منه فهي أم ولد له وعليه قيمتها ولا مهر عليه) ومعنى المسئلة أن يدعيه الأب . ووجهه أن له ولاية تملك مال ابنه للحاجة إلى البقاء فله تملك جاريته للحاجة إلى صيانة الماء ، غير أن الحاجة إلى إبقاء نسله دونها إلى إبقاء نفسه ، فلهذا يملك الجارية بالقيمة والطعام بغير قيمة ، ثم هذا الملك يثبت قبيل الاستيلاء شرطًا له إذ المصحح حقيقة الملك أو حقه ،

أى مهر المثل (باللخول في نكاح موقوف) وقد ذكرناه (قوله ومن وطئ جارية ابنه فولدت منه فهي أم ولد له وعليه قيمتها ولا مهر عليه ، ومعنى المسئلة أن يدعيه الأب) وليس عبدا ولا مكاتبًا ولا كافرا ولا مجنونًا ، فإن كان الأب واحدا من هؤلاء لم تصح الدعوة لعدم الولاية ، ولو أفاق المجنون ثم ولدت لأكل من ستة أشهر تصح استحسانا لاقياسا ، ولو كانا من أهل النعمة إلا أن ملهما مختلفة بجازت الدعوة من الأب . ويشترط أيضا كون الأمة في ملك الابن من وقت العلوق إلى الدعوة ، فلو حبلت في غير ملكه أو فيه وأخرجها الابن عن ملكه ثم استردها لم تصح الدعوة لأن الملك إنما يثبت بطريق الاستناد إلى وقت العلوق فيستدعى قيام وقت التملك من حين العلوق إلى التملك ، ولا يشترط في حصتها دعوى الشبهة ولا تصديق الابن ودعوة الجلد لأب كالأب ، ولا تصح دعوة الجلد لأم اتفاقا . وشرط دعوة الجلد لأب أن تكون حال عدم ولاية الأب لموت أو جنون أو زرق أو كفر ، وأن تثبت ولايته من وقت العلوق إلى وقت الدعوة حتى لوأت بالولد لأكل من ستة أشهر من وقت انتقال الولاية إليه لم تصح دعوته لما قلنا في الأب (قوله ووجهه) أى وجه هذا المجموع (أن للأب ولاية تملك مال ابنه للحاجة إلى إبقاء نفسه) لما سنذكر فكلنا إلى صون نسله لأنه كنفسه إذ هو جزؤه لكن الحاجة إلى إبقاء النفس أشد منها إلى حفظ النسل (فلذا يملك الطعام بغير قيمة والجارية بالقيمة) ويحل له الطعام عند الحاجة إليه ولا يحل له وطء جارية ابنه عند الحاجة إليه ، كلنا عند الأئمة إلا ما نقل عن مالك بن أنس وابن أبي ليلى ، ويعبر الابن على الإ اتفاق عليه فون دفع الجارية إليه للتسرى ، فللحاجة جاز له التملك ، ولتصورها أوجبنا عليه القيمة مراعاة للمقين وتحصيلًا للمقصودين مقصود الأب والابن إذ البذل يقوم مقام المبدل ولا عقر عليه وهو مهر مثلها في الجمال : أى ما يرغب به في مثلها جمالا فقط . وأما ما قيل ما يستأجر به مثلها لقرنا لو جاز فليس معناه

قال (ومن وطئ أمة ابنه) ومن وطئ جارية ابنه (فولدت منه ولها فهي أم ولد له وعليه قيمتها دون المهر) . إنما قال (ومعنى المسئلة أن يدعيه الأب) لأن محمدا لم يذكر الدعوة في الجامع الصغير (ووجهه أن للأب ولاية تملك مال ابنه للحاجة إلى البقاء) لما روت عائشة رضى الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « ولد الرجل من كسبه فكلوا من أموالهم » وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « إن أولادكم من أطيب كسبكم ، فكلوا من كسب أولادكم » وغير ذلك ، وكل من له ولاية تملك مال ابنه للحاجة إلى البقاء (فله ولاية تملك جاريته للحاجة إلى صيانة الماء) . فإن قيل : لو كان صيانة الماء كبقاء النفس لما وجبت عليه القيمة كما في الطعام . أجاب بقوله (غير أن الحاجة إلى إبقاء نسله دونها إلى إبقاء نفسه) ولهذا لا يجبر الولد على إعطاء الجارية ولده للاستيلاء لكونه غير ضرورى (فلهذا يملك الجارية بالقيمة والطعام بغير القيمة) . فإن عورض بأن الاستيلاء يعتمد الملك كما في المملوكة أو حق الملك كما في المكاتبه وليس شيء من ذلك موجود . أجاب بقوله (ثم هذا الملك يثبت قبيل الاستيلاء شرطًا له ، إذ المصحح) يعنى الاستيلاء إما (حقيقة الملك أو حقه)

وكل ذلك غير ثابت للأب فيها حتى يجوز له التزوج بها فلا بد من تقديمه فحين أن الوطء يلاقي ملكه فلا يلزمه العقر . وقال زفر والشافعي : يجب المهر لأبهما بيطان الملك حكما للاستيلاء كما في الجارية المشتركة وحكم الشيء يعقبه والمسئلة معروفة . قال (ولو كان الابن زوجها إياه فولدت منه لم تصر أم ولد له ولا قيمة عليه وعليه المهر وولدها حر) لأنه صح التزوج عندنا خلافا للشافعي لخلوها عن ملك الأب ، ألا يرى أن الابن ملكها من

بل للعادة أن ما يعطى للملك أقل مما يعطى مهرًا لأن الثاني للبقاء ، بخلاف الأول والعادة زيادته عليه ، خلافا لزفر والشافعي فإنهما يوجبان العقر عليه لثبوت ملكه فيها قبيل الوطء شرطا لصحة الاستيلاء عندنا ، وعنده قبيل العلوق لأن ثبوته ضرورة صيانة الولد وهي منتهضة بإثباته كذلك دون إثباته قبل الوطء . قلنا : لازم كون الفعل زنا ضياع الماء شرعا ، فلم يقدم عليه ثبت لازمه لاستحالة ثبوت المزوم دون لازمه الشرعي وإلا فلا لزوم ، فظهر أن الضرورة لا تندفع إلا بإثباته قبل الإبلاج ، بخلاف ما لو لم يحمل حيث يجب العقر ولو كانت مشتركة بين الأب والابن أو غيره . يجب حصص الشريك الابن أو غيره من العقر ، وقيمة باقية إذا خيلت لعدم تقديم الملك في كلها لانقضاء موجهه وهو صيانة النسل إذ ما فيها من الملك له يكفي لصحة الاستيلاء ، وإذا صح ثبت الملك في باقية حكما لا شرطا ، ثم مقتضى قوله أن لا يجب قيمة الولد بلا تردد فكقولنا لكن في قول يجب ولا يجد قاذفه اتفاقا لأن شبهة الخلاف في أن الملك ثبت قبل الإبلاج أو بعده تسقط إحصانه (قوله ولو كان الابن زوجها) أي زوج أمته (إياه فولدت منه لا تكون أم ولد للأب ولا قيمة عليه للابن وعليه المهر له والولد حر) وهذا لأنه صح النكاح له خلافا للشافعي لأن عنده لا يجوز تزوج الأب بجارية الابن . ومبنى الخلاف فيه أن الثابت للأب في تجارية ابنه متى ملك عنده فيمنع تزويجه إياها كامة مكاتبه والأمة المشتركة وحتى التملك عندنا من وجه . واستدل عليه بأنه

على ما ذكرنا (وكل ذلك غير ثابت للأب فيها حتى يجوز له التزوج بها فلا بد من تقديمه) لأنه بعد ما خلق الولد احتاج الأب إلى صيافته عن الضياع وفك بثبوت النسب ، ولا يثبت له بطلان ذلك فقدم اقتضاء تقديم الشرط على الشروط ، وإذا قدم كان الوطء واقعا في ملكه (فلا يلزمه العقر . وقال زفر والشافعي : يجب المهر لأبهما بيطان الملك حكما للاستيلاء) فإنه يسقط الإحصان بهذا الوطء ، ولو كان في الملك لما سقط وحده قاذفه ، وقامه بالجارية المشتركة فإنه إذا استولدها وجب عليه العقر (والمسئلة معروفة) يعني في شروح الجامع الصغير وغيرها أن التملك عندنا يثبت قبل الاستيلاء شرطا له ، وعنده بعده حكما له . والذي ذهبنا إليه هو الصواب لأننا قد اتفقنا على أن استيلاء الأب بجارية ولده صحيح ، ومن شرط صحته وقوع الوطء في الملك ، حتى لو خلا عنه أصلا لم يصح كما في جارية الأجنبي فلا بد من تقديمه صيانة لقلعه عن الحرمة وصيانة الولد عن الرق ، وعورض بأن الجارية المشتركة بين الأب والابن إذا ولدت فادعاء الأب يثبت النسب ويجب العقر مع قيام نوع ملك ، وذلك يدل على أن الملك لم يثبت سابقا على الوطء ، وبأنه إذا وطئها غير معلق وجب العقر ، ولو ثبت الملك قبله لما وجب ، وبأنه إذا قذفه إنسان لا يحد . ولو ثبت الملك قبله لحد . ويجب عن الأولى بأنها تقدم الملك احترازا عن وقوع الاستيلاء في غير الملك حكما ، وفي تلك المسئلة نوع من الملك القائم فلا يحتاج إلى تقديمه . وعن الثانية بأن إثبات الملك بصفة التقدم كان لصيانة قلعه عن الحرمة وصيانة الولد عن الرق ، وهذا المجموع ليس بموجود هنا . وعن الثالثة بأن تقدم الملك احتيازا فكان فيه شبهة بتلويحها بالحد (ولو كان الولد زوج جاريته إياه) أي إياه (فولدت له) تصر أم ولد له ولا قيمة عليه وعليه المهر وولده حر لأنه صح التزوج عندنا) وقال الشافعي : لا يصح

كل وجه فمن المحال أن يملكها الأب من وجهه، وكذلك يملك من التصرفات مالا يبقى معه ملك الأب لو كان فذل ذلك على انتفاء ملكه إلا أنه يسقط الحد للشبهة ، فإذا جاز النكاح صار ماؤه مصونا به فلم يثبت ملك البين فلا تصير أم ولد له ،

أى الابن يملك من التصرفات فيها مالا يبقى معه ملك الأب ، ولو قال مالا يجمعه ملك الأب كان أولى فلا يكون للأب فيها ملك من وجه ، فهذه التصرفات هى وطؤه وإياها وانفراده بزوجها واعتاقها من غير أن يضمن للأب شيئا ، فهذه لوازم المركب من ملكه وعدم ملك الأب من كل وجه . وإذا ثبتت هذه الأحكام إجماعا لزم كون المراد بما رواه الإمام أحمد ، أنت ومالك لأبيك ، إثبات حق التملك لاختق الملك وهو لا يمنع صحة النكاح ، ألا يرى أن الواهب يملك الزوج بالوهوبة وله حق تملكها بالاسترداد ، وأصل الحديث فى السنن من رواية عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده : « أن رجلا أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : يا رسول الله إنى إلى مالا ووالدا وإن الذى يحتاج إلى مالى ، قال : أنت ومالك لأبيك » وروى « لو ألدك » إن أولادكم من أطييب كسبكم فكلوا من كسب أولادكم ، وأما ما روى فيه من حديث عائشة عنه صلى الله عليه وسلم : « ولد الرجل من كسبه من أطييب كسبه ، فكلوا من أموالهم » فتملقه بمجرد الأكل . فإن قيل : لا نسلم أن حل الوطء وما معه دليل الملك من كل وجه لثبوت ذلك فى أم الولد والمديرة مع علمه بدليل عدم إجزائهما عن الكفارة . قلنا : بل هما مملوكتان من كل وجه ، وعدم الإجزاء لانعدام سبب الحرية فيما فكان نقصانا فى رقعتهما لا فى ملك السيد . واعلم أن المحاذ لا بد منه فى التركيب لأنه أضاف المال للابن بقوله ومالك وهو يفيد الملك لأنه حقيقة الإضافة فى مثله ، ثم أضافه مع الابن للأب باللام المقيدة للملك فى مثله والمعلطف عطف مفرد ، ولا يمكن حقيقة الملك فى الابن فلزمت فى المال أيضا نى حقيقة الملك . وإلا كانت اللام لعينين مختلفتين فى إطلاق واحد . بى تعيين المعنى المحاذى أهو حق الملك أوحق التملك ؟ فقد يقال : حق الملك أقرب إلى الحقيقة والمحاذ الأقرب إليها أولى ، ولكن الأحكام التى ذكرناها تمنع حق الملك لأنه ملك من وجه وهى تمنع ، وإذا لم يكن فيها حق الملك جاز النكاح وبه يصير ماؤه مصونا فلا تصير به أم ولد

لأن للأب حق الملك فى مال ولده ، حتى لو وطئ جاريته علما بحرمتها عليه لم يلزمه الحد ، وكل من لمسح الملك فى جارية لا يجوز تزوجه إياها كالمولى إذا تزوج أمة من كسب مكاتبه لأن حق الملك فى مال ولده أظهر ، ألا يرى أن استيلاده جارية الابن صحيح ، واستيلاد المولى أمة مكاتبه غير صحيح . ولنا أن أمة الابن خالية عن ملك الأب لأن الابن ملكها من كل وجه بدلالة حل الوطء ونفاذ العتق وصحة البيع والزهر والمبة (فمن المحال أن يملكها الأب بوجه) من الوجوه ، وإلا لما كان الابن ملكها من كل وجه وذلك خلف باطل (وكلما يملك) الابن (من التصرفات مالا يبقى معه ملك الأب لو كان فذل على انتفاء ملكه) وقوله (إلا أنه يسقط الحد للشبهة) جواب عن قول الخصم لو وطئ جاريته علما بحرمتها عليه لم يحد ولم يذكره فى الكتاب ، وإذا كانت خالية عن ملكه صح النكاح ، وإذا صنع النكاح صار ماؤه مصونا به (فلم يثبت ملك البين) لعدم الحاجة إليه (فلا تصير أم ولد له) وقال زفر : تصير أم ولد له لأنه لو استولدها بفجور جهارت أم ولد له ، فإذا استولدها بالنكاح أو شبهة نكاح أولى أن تصير أم ولد له . ولنا ما ذكرنا أن ما جاء صارا مصونا بالنكاح فلا يحتاج إلى ملك البين لأن إتيانه لم يكن إلا

(قوله ولنا أن أمة الابن خالية عن ملك الأب لأن الابن ملكها من كل وجه الخ) أقول : ليس فيها ذكر ما يدل على حق الملك ، إلا أن

ولا قيمة عليه فيها ولا في ولدها لأنه لم يملكهما ، وعليه المهر لالتزامه بالنكاح وولدها حر لأنه ملكه أخوه فيعتق عليه . قال (وإذا كانت الحرة تحت عبد فقالت لمولاه أعته حتى يألف ففعل ففسد النكاح) وقال زفر رحمه الله : لا يفسد ، وأصله أن يقع العتق عن الأمر عندنا حتى يكون الولاء له ، ولو نوى به الكفارة يخرج عن عهدها ، وعنده يقع عن المأمور لأنه طلب أن يعتق المأمور عبده عنه ، وهذا محال لأنه لا يعتق فيها إلا بملك ابن أم فلم يصح الطلب فيقع العتق عن المأمور . ولنا أنه أمكن تصحيحه بتقديم الملك بطريق الاقتضاء إذ الملك شرط لصحة العتق عنه فيصير قوله أعتق طلب التخليك منه بالألف ثم أمره باعتاق عبد الأمر عنه ، وقوله أعتقت تخليكا عنه ثم الإعتاق

للأب ولا قيمة عليه فيها ولا في ولدها لأنه لم يملكهما ، وعليه المهر لالتزامه بالنكاح وولده حر لأنه ملكه أخوه فيعتق عليه . وما عن زفر أنها تكون أم ولد له لأنها لما كانت أم ولد له بالفجور فأولى بالحل بعيد صلوره عنه فإن أمومية الولد فرع الملك الأمة وملكها ينافي النكاح ، وإنما يصح تقريرا على عدم صحة النكاح (قوله وإذا كانت الحرة تحت عبد فقالت لمولاه أعته حتى يألف ففعل ففسد النكاح) وكذا إذا كانت الأمة تحت حر فقال لسيدها ذلك ففسد نكاحه (وقال زفر : لا يفسد ، وأصل الخلاف أن البتة فيه يقع عن الأمر عندنا حتى يكون ولاؤه له ، ولو نوى به الكفارة تسقط عنه ، وعنده يقع عن المأمور ، لأنه طلب أن يعتق المأمور عبده عنه ، وهذا محال . لأنه لا يعتق فيها إلا بملك ابن آدم فيقع عن المأمور . ولنا أنه أمكن تصحيحه بتقديم الملك بطريق الاقتضاء) والمقتضى هو تصحيح كلامها صرحنا له عن العتق إذ لا مانع منه ، بخلاف ما لو قال لعبده أعتق هذا العبد عن كفارة يملك لا يعتق مخاطب تصحيحا لكلام السيد لأن الحرية أصبل للتكثير بالمال وأصل الشيء لا يكون تبعا لقرعه ، ولو ثبت اقتضاء لصار تبعا له فامتنع لذلك . لا يقال : ملك الأمر غير مستقر ومثله لا يوجب انقضاء النكاح كالوكيل إذا استرى زوجته لموكله لا يفسد نكاحه مع ثبوت الملك أولا له . لأننا نقول : الملك ملزوم للانقضاء ، فإذا ثبت ثبت ، ألا يرى أن من قال لامرأته الأمة إذا اشتريتك فأنت حرة فاشترها عتقت وفسد النكاح مع عدم استقرار ملكه وعدم الانقضاء في مسئلة الوكيل لعدم ثبوت الملك أولا له بل ابتداء يثبت للموكل في الصحيح كالعبد يهب يقع الملك لمولاه ابتداء وإن وقع للوكيل لكنه يتعلق به حق الموكل حالة ثبوته ، ومثله لا يوجب القسح إذ لم يخلص ثبوته ليخلص ثبوت المزموم فيصير قوله أعتق طلب التخليك منه بالألف وأمره بإعتاقه عنه ، (وقوله أعتقت تخليكا عنه) فسمي للإعتاق الصريح الواقع جوابا . واعلم أنه لو صرح بالبيع فقال بعتك وأعفته لا يقع عن الأمر بل عن المأمور فيثبت البيع ضمننا في هذه المسئلة ولا يثبت صريحا كبيع الأجنة في الأرحام ، وهذا لأن الثابت مقتضى . يتميز فيه شروط المتضمن للأشروط نفسه وشروط العتق الأهلية بالملك والعقل وعدم

لصيانة الماء . وقوله (ولا قيمة عليه فيها) ظاهر . وقوله (وإذا كانت الحرة تحت عبد) واضح إلا ألفاظا تنبه عليها . قوله (لصحة العتق عنه) أي عن الأمر . وقوله (أعتق طلب التخليك منه) تقديره أعتق عبدك الذي هو لك في الحال عند بيعك لي رأيه بطريق الوكالة حتى فيكون أمرا باعتاق عبد الأمر عنه . وقوله أعتقت يكون بمعنى قوله بعتك منك وأعفته عندك ، فإن قيل : لو صرح بالبيع لم يقع العتق إلا عن المأمور بالاتفاق فلا يكون المقتضى أقوى من التصريح به ، أجيب بأن الشيء قد يثبت ضمننا وإن لم يثبت صريحا ، كبيع الأجنة في أرحام الأمهات

يقال : حق الملك يستمر نوع ملك ، ولا فلا يكون حق ملك بل حق التملك (قوله تقديره أعتق ، إلى قوله : بطريق الوكالة حتى) أقول : قوله بطريق الوكالة يتعلق بقوله أعتق (قوله لأن قيل : لو صرح بالبيع لم يقع العتق إلا عن المأمور) أقول : لاتفاق القول

عنه . وإذا ثبت للملك للأمر فسد النكاح للتناهي بين المالكين (ولو قالت أعتقه عني ولم تسم مالا لم يفسد النكاح والولاء للمعتق) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف : هذا والأول سواء لأنه يقدم التحليل بغير عوض تصحيحا لتصرفه ، ويسقط اعتبار القبض كما إذا كان عليه كفارة ظهار فأمر غيره أن يطعم عنه . ولهما أن الهبة من شرطها القبض بالنص فلا يمكن إسقاطه ولا إثباته اقتضاء لأنه فعل حسي ، بخلاف البيع لأنه تصرف

الحجر وهو ثابت في المأمور ، فإذا صرح به يثبت بشرط نفسه والبيع لا يتم إلا بالقبول ولم يوجد فاعتق عن نفسه (قوله ولو قالت) ما تقدم كان إذا ذكر المالا مع الأمر . فلو اقتصر على قوله أعتقه عني ففعل المأمور ؛ فعند أبي يوسف يقع عن الأمر ويتضمن الهبة ويسقط اعتبار القبض كما إذا كان عليه كفارة ظهار فأمر غيره أن يطعم عنه ففعل يسقط عن الأمر مع أنه لا قبض هناك ، وعندهما عن المأمور . وحاصل وجههما أن فيه شرطا لا يمكن إثباته اقتضاء وهو القبض لأنه فعل حسي غير القول ، والفعل الحسي لا يوجد في ضمن القول ، ففعل اليد الذي هو الأخذ لا يتصور أن يتضمنه فعل اللسان ويكون موجودا بوجوده ، بخلاف القول فإنه يتضمن ضمن قول آخر ويعتبر مراده معه وهذا ظاهر . وقول أبي اليسر قول أبي يوسف أظهر لا يظهر ، بخلاف ما قاس عليه . لأن الفقير يكون نائبا عن الأمر فيكون قابضا له ، ثم بالاستيفاء يصير قابضا لنفسه ، أما العبد فلا يقع في يده شيء بالحق ليعين اختياره قابضة نيابة أولا بل بالعتق تلف ماليته ، والله أعلم .

يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا ، وإذا ثبت للملك للأمر فسد النكاح للتناهي بين المالكين على مأمور في فصل المحرمات عند قوله ولا يتزوج المولى أمته ولا المرأة عبدا . فإن قيل : وجب أن لا يسلط النكاح هنا وإن ثبت ملك البين لوجهين أحدهما أن الملك ثابت هنا بطريق الاقتضاء والثابت به ضروري يثبت ضرورة صحة العتق فلا يعتدى إلى فساد النكاح . والثاني أن الملك هنا كما ثبت يزول حكما للإعتاق ، ومثله لا يفسد النكاح كالأوكيل بالشراء إذا اشترى منكوحته لموكله لا يفسد النكاح لأن الملك كما ثبت زال . أجيب عن الأول بأن الشيء إذا ثبت ثبت بجميع لوازمه وفساد النكاح لازم من لوازم الملك اللازم للعتق ولازم اللازم لازم . وعن الثاني بأن الملك يثبت للموكل ابتداء وهو مختار شمس الأئمة وأبي طاهر الديباس . سلمنا أن الملك يثبت للوكيل ، لكن إنما لا يفسد به النكاح لتعلق حق الغير به عند الثبوت وهو الموكل وما نحن فيه ليس كذلك . وقوله (لأنه) يعني أبا يوسف (يقدم التحليل بغير عوض تصحيحا لتصرفه) أي لتصرف الأمر لما أن تصحيح كلام العاقل واجب مهما أمكن وقد أمكن هنا بإسقاط اعتبار القبض لأنه شرط ، وقد أمكن ذلك بإسقاط القول الذي هو الركن ، فلأن يمكن بإسقاط الشرط أولى ، فصبر (كما إذا كان عليه كفارة ظهار فأمر غيره أن يطعم عنه) ففعل مسقط عنه الكفارة عن غير تفرقة بين ما ذكر كان الطلب بعوض أو بغيره (ولهما أن الهبة من شرطها القبض بالنص) وهو قوله صلى الله عليه وسلم ولا تصح الهبة إلا مقبوضة (فلا يمكن إسقاطه ولا إثباته اقتضاء) وقوله إسقاطه ولا إثباته إشارة إلى أن فيه طريقين : أحدهما أن يسقط القبض كما يسقط القول . والثاني أن يجعل القبض موجودا تقديرا . وقوله (لأنه فعل حسي) يعني أنه

(قال المصنف ولو قالت أعتقه عني ولم تسم مالا لم يفسد النكاح) أقول : فإن قيل : لم لم يفتوا بالبيع في هذه المسئلة ، فإن ذكر الأمر لا يلزم في انفراد البيع . قلنا المقصود تصحيح التصرف ، وإذا لم يذكر الأمر ينقذ البيع فمما على ما مر سوا به (قوله وقد أمكن ذلك بإسقاط القول الذي هو الركن) أقول : القول ركن ذاته يوجد البيع بفوته كما في البيع بالتام .

(١) الصور في قوله (ذكر) واقتصر على إيجاب الشخص ، فإن الذكر والمقتصر في هذه المسئلة هي المرأة كما لا يخفى ، كنية مصححه .

شرعى ، وفى تلك المسئلة الفقير ينوب عن الأمر فى القبض ، أما العبد فلا يقع فى يده شئ لينوب عنه .

(باب نكاح أهل الشرك)

(باب نكاح أهل الشرك)

لما فرغ من نكاح المسلمين بمرتبة من الأحرار والأرقاء شرع فى بيان نكاح الكفار مطلقا كتبيين أو غيرهم ، وهو المراد بأهل الشرك إما تغليا وإما ذهابا إلى أن أهل الكتاب داخلون فى المشركين على ما اختاره بعض الصحابة وقد قدمناه فى فصل المحرمات . وإما إطلاقا للمشركين عليهم باعتبار قول طائفة منهم عزير ابن الله والمسيح ابن الله ، تعالى الله رب العزة والكبرياء عن ذلك . وقدمنا أنه إنما أعقب باب المهر بفصل مهور الكفار تيمنا لباب المهر تبعا . واعلم أن كل نكاح صحيح فى حق المسلمين فهو صحيح إذا تحقق بين أهل الكفر لتطافر الاعتقادين على صحته ولعموم الرسالة ، فحيث وقع من الكفار على وفق الشرع العام وجب الحكم بصحته ، وبه قال الشافعى وأحمد . وقال مالك : لا تصح أنكحتهم بناء على تناول الخطاب العام لإيهم مع ملازمة أنكحتهم لعدم بعض الشروط كالأولوية وشهادة المسلمين . واستشكله بعض المالكية لثبوت ولاية الكافر على الكافر ، ولعدم اشتراط الشهادة فى العقد عندهم . قال : ولو قلنا إنها شرط فإذا عقده جماعة من المسلمين ينبى أن يصح لكنهم يظنون عدم الصحة . قال : فينبى أن يقال مصادف شروط الصحة فهو صحيح ومالا ففاسد . ولنا قوله تعالى - وأمرته حالة الخطب - وقوله صلى الله عليه وسلم « ولدت من نكاح لامن سفاح » وأسلم فيروز على أختين فقال صلى الله عليه وسلم « اختر إحداهما » وأسلم ابن غيلان على عشر فقال له صلى الله عليه وسلم « أسلك أربعا » الحديث . ومن حين ظهرت دعوته صلى الله عليه وسلم والناس يتواردون الإسلام إلى أن توفى صلى الله عليه وسلم على ما قيل عن سبعين ألف مسلم غير النساء ، ولم يقل قط أن أهل بيت جدودا أنكحتهم بطريق صحيح ولا

ليس من جنس القول فلا يمكن أن يكون ثابتا فى ضمن قوله أعتقت هذا بالنسبة إلى الإثبات ، وأما بالنسبة إلى الإسقاط فيقال لأنه فعل حسى ، والفعل الحسى لا يمكن اعتبار سقوطه ، بخلاف البيع فإنه تصرف شرعى فيصح أن يثبت فى ضمنه . قوله (وفى تلك المسئلة) أى مسئلة الأمر بالإطعام (الفقير ينوب عن الأمر فى القبض) كالفقير فى باب الزكاة ينوب قبضه عن الله تعالى ثم يصير قابضا لنفسه (أما العبد فلا يقع فى يده شئ) لأن الإعتاق إتلاف للملك ، وتعمام تقرير هذه المسئلة يطلب فى التقرير .

(باب نكاح أهل الشرك)

لما ذكر باب نكاح الرقيق للمناسبة التى ذكرنا من هو أودن منزلة وأخص منهم رتبة وهم أهل الشرك الذين

(لا كتاب لهم)

(باب نكاح أهل الشرك)

(قوله لما ذكر باب نكاح الرقيق ، إلى قوله : وأخص منهم رتبة الخ) أقول : قال الله تعالى - ولعبد مؤمن خير من مشرك - (قوله وهم أهل الشرك الذين لا كتاب لهم) أقول : بل المراد من أهل الشرك الكفار مطلقا بطريق الخطيب لعموم الأحكام المذكورة .

(وإذا تزوج الكافر بلا شهود أو في عدة كافر وذلك في دينهم جائز ثم أسلما أقرا عليه) وهذا عند أبي حنيفة وقال زفر : النكاح فاسد في الوجهين إلا أنه لا يتعرض لم قبل الإسلام والمرافعة إلى الحكام . وقال أبو يوسف ومحمد في الوجه الأول كما قال أبو حنيفة ، وفي الوجه الثاني كما قال زفر . له أن الخطابات عامة على مامر من قبل فتزيمهم ، وإنما لا يتعرض لم لثمتهم إعراضا لا تقريرا ، فإذا تراءفوا أو أسلموا والحرمة قائمة وجب التفريق . ولهما أن حرمة نكاح المعتدة مجمع عليها فكانوا ملتزمين لها ، وحرمة النكاح بغير شهود مختلف فيها ولم يلتزموا أحكامنا بجميع الاختلافات :

ضعيف ، ولو كان لقضت المادة ينقله ، فلم أنه قول باطل (وقوله وإذا تزوج الكافر بغير شهود أو في عدة كافر وذلك في دينهم جائز ثم أسلما أقرا عليه ، وهذا عند أبي حنيفة . وقال زفر : النكاح فاسد في الوجهين) أي النكاح بغير شهود وفي عدة كافر (إلا أنا لا يتعرض لم قبل الإسلام أو المرافعة إلى الحكام) قالوا بمعنى أو (وقال أبو يوسف ومحمد في الوجه الأول) وهو النكاح بلا شهود (كما قال أبو حنيفة وفي الوجه الثاني) وهو ما في عدة كافر (كما قال زفر . لئلا أن الخطابات عامة على مامر) في الفصل الذي ببذل باب المهر من وجوب ثبوت الحكم على العموم لعموم الخطابات وهم غاطبون بالمعاملات والنكاح منها (وإنما لا يتعرض لم لثمتهم إعراضا لا تقريرا ، فإذا تراءفوا أو أسلموا والحرمة قائمة وجب التفريق) لقوله تعالى - وأن احكم بينهم بما أنزل الله - ولهما

(فإذا تزوج الكافر بغير شهود أو في عدة كافر وذلك في دينهم جائز ثم أسلما أقرا عليه) قيد بعدة كافر لأنه لو كان في عدة مسلم كان النكاح فاسدا بالإجماع. كذا قيل ، وفيه نظر لأن كلامنا في أهل الشرك ، ولا يجوز للمسلم نكاح المشتركة حتى تكون في عدته ، ويجوز أن يصور بأن أشركت بعد الطلاق والعياء بالله وهي في عدة المسلم (وهذا عند أبي حنيفة . وقال زفر : النكاح فاسد في الوجهين ، إلا أنه لا يتعرض لم قبل الإسلام والمرافعة إلى الحكام . وقال أبو يوسف ومحمد في الوجه الأول) وهو الزوج بغير شهود (كما قال أبو حنيفة . وفي الوجه الثاني) وهو الزوج في عدة كافر آخر (كما قال زفر) قال زفر (الخطابات) كقوله صلى الله عليه وسلم ولا نكاح إلا بشهود ونحوه (عامة كما من قبل فتزيمهم ، وإنما لا يتعرض لم لثمتهم إعراضا) كما تركناهم وعبادة الصنم إعراضا (لا تقريرا ، فإذا تراءفوا أو أسلموا والحرمة قائمة وجب التفريق عما يقوله تعالى - وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهوامهم -) ولهما أن حرمة نكاح المعتدة مجمع عليها فكانوا ملتزمين لها وحرمة النكاح بغير شهود مختلف فيها (فإن مالكا وابن أبي ليلى يجوزانه) ولم يلتزموا أحكامنا بجميع الاختلافات) ولكننا

(قوله وفيه نظر لأن كلامنا الخ) أقول : انظر مفعول بما قلنا (قوله ويجوز أن يصور الخ) أقول : ويمكن أن يتصور ذلك بأن تكون كتابية تحت مسلم فظلتها فتزوجهما مشرك لإكساب له قوته وذلك قد ثبت جائز فإنه فاسد (قوله بأن أشركت بعد الطلاق الخ) أقول : فإن قيل : فحيثما تكون مرتدة لا يجوز نكاحها . قلنا : لا يضرنا ، غاية أن يكون عدم جوازه مطلقا بطريق (قوله كما من قبل) أقول : فليصل لبذل باب المهر) قال المصنف : فإذا تراءفوا أو أسلموا والحرمة قائمة) أقول : قال تاج الشريعة : أي المدة باقية حالة المرافعة ، أما إذا كانت المدة منقضية لا يفرق بالإجماع له . فيه بحث ، فإنه إذا انتقض فلها أن يتقلب جائزا على ما علم من أصل زفر في بيع القامد وغيره . قال المصنف (ولهما أن حرمة نكاح المعتدة مجمع عليها) أقول : قال الزملي : والخلاف في صحة نكاحهم في المدة بناء على أن المدة تجب عندها ، وعنده لا يجب حتى لا يثبت له الرجعة ، ولا يثبت نسب ولها إذا جليت به لأقل من ستة أشهر . وقيل يجب عنده لكنها لا تنج من صحة النكاح لضعفها كاستصحاب أنه .

ولأى حنيفة أن الحرمة لا يمكن إثباتها حقاً للشرع لأنهم لا يخاطبون بحقوقه، ولا وجه إلى إيجاب العدة حقاً للزوج لأنه لا يعتد به، بخلاف ما إذا كانت تحت مسلم لأنه يعتد به، وإذا صح النكاح فحالة المرافعة والإسلام حالة البقاء والشهادة ليست شرطاً فيها، وكذا العدة لا تنافيها كالمنكوحة إذا وطئت بشبهة

وهو الفرق أن نكاح المعتدة مجمع على بطلانه عندنا فكانوا ملتزمين لها على ما مر هناك أيضاً من أن مذهبهما أن أهل النمة التزموا أحكاماً فيها يرجع إلى المعاملات وهذا تعيد له حيث أفاد أنهم التزموا الجميع عليه في ملنا لاسطقا (قوله ولأى حنيفة أن الحرمة) أى حرمة النكاح بغير شهود ونكاح المعتدة (لا يمكن إثباتها حقاً للشرع) أى الشارع لأنهم لا يخاطبون بحقوقه، ولا وجه إلى إيجاب العدة حقاً للزوج لأنه لا يعتد به، بخلاف ما إذا كانت (الكتابية تحت مسلم) طلقها فإنه يجب العدة حقاً له (لأنه يعتد به) فلا يصح نكاح هذه الكتابية فيها (وإذا صح النكاح) حال صدوره (فحال المرافعة والإسلام حالة البقاء والشهادة ليست شرطاً فيها) بل في ابتداء العقد لصحته (وكذا العدة لا تنافيها) أى لاتنافي حالة بقاء العقد (كالمنكوحة إذا وطئت بشبهة) حيث يثبت وجوب العدة عليها حال قيام النكاح مع زوجها وحرمتها عليه، وهذا التقرير يفيد أن العدة لا يجب أصلاً عنه حتى لا يثبت للزوج الرجعة بمجرد طلاقها لأنه إنما يملكها في العدة، ولا يثبت نسب ولدها إذا أتت به بعد الطلاق لأقل من ستة أشهر، وبه قالت طائفة من المشايخ. وقيل يجب عدة لكنها ضعيفة لا تمنع من صحة النكاح لضعفها كالاستبراء يجوز تزويج الأمة في حال قيام وجوبه على السيد. وقيل الأليق الأول لما عرف من وجوب تركهم وما يدينون به، وفيه نظر

لا يتعرض لمكان عقد النمة، فإذا ترافعا أو أحدهما أو أسلم والعدة غير منقضية فرق بينهما كما في نكاح المحارم. وأما إذا كان الإسلام والمرافعة بعد انقضائها فلا تفرق بينهما بالإجماع. ولأى حنيفة أن حرمة النكاح إنما هي للعدة لكونه نكاح المنكوحة من وجه. وثبت العدة إما أن يكون للشرع أو للزوج لا سيئلاً إلى الأول (لأنهم لا يخاطبون بحقوقه) ولهذا لا يتعرض لهم في الخمر والخزير، ولا إلى الثاني (لأنه لا يعتد به) لأن هذا الوضع على ذلك القرض وكان النكاح وقع ابتداء صحيحاً للوجود المقضى وهو صدور الركن من أهله مضافاً إلى محله وانتهاء المانع (بخلاف ما إذا كانت تحت مسلم) فإن المانع متحقق وهو اعتقاد الحرمة، وإذا صح ابتداء لا يرتفع بالإسلام والمرافعة لأن ذلك حالة البقاء (والشهادة ليست شرطاً فيها) ولهذا لو مات الشهود لم يبطل النكاح (وكذا العدة لاتنافي حالة البقاء كالمنكوحة إذا وطئت بشبهة) يجب عليها العدة صيانة لحق الواطئ ولا يبطل النكاح القائم،

وأنت غير ياله لا يظهر وجه عدم ثبوت النسب على القول الأول (قال المصنف: لأنهم لا يخاطبون بحقوقه الخ) أقول: قل ابن الهمام: وهذا التقرير يفيد أن العدة لا يجب أصلاً عنه حتى لا يثبت للزوج الرجعة بمجرد طلاقها، لأنه إنما يملكها في العدة ولا يثبت نسب ولدها إذا أتت به بعد الطلاق لأقل من ستة أشهر، وبه قالت طائفة من المشايخ. وقيل يجب عدة لكنها ضعيفة لا تمنع من صحة النكاح لضعفها كالاستبراء يجوز تزويج الأمة في حال قيام وجوبه على السيد. وأشار المصنف إلى هذا أيضاً في تمة التعليل، لكنهم صرحوا في باب المحرمات أنه مستحب لأوجب فليتأمل، ثم في قوله لأقل من ستة أشهر بحث (قال المصنف: لأنه لا يعتد به) أقول: قال الإقناني: أى لا يعتد بالكفار العدة وتذكر الصبر على تأويل الاختلاف. والأحسن أن يقال: التفسير راجع إلى وجوب العدة للدلول عليه بسياق الكلام (قال المصنف: وإذا صح النكاح فحالة المرافعة الخ) أقول: قال الزبيلى: وفي النهاية مذهبنا إلى البسوط أن الاعتدال بينهم فيما إذا كانت المرافعة أو الإسلام والعدة غير منقضية، وأما إذا كانت للمرافعة والإسلام بعد انقضاء العدة لا يفرق بالإجماع. وفي كلام المصنف وكذا العدة الخ إشارة إلى ذلك (قوله بخلاف ما إذا كانت تحت مسلم الخ) أقول: يلزم على ما عايناه للشارح أن تكون للشرع تحت المسلم

(فإذا تزوج المجموعى أمه أو ابنته ثم أسلما فرق بينهما) لأن نكاح المحارم له حكم البطلان فيما بينهم عندهما كما ذكرنا في العدة ووجب التعرض بالإسلام فيفرق . وعنده له حكم الصحة

لأن تركهم تحمزا عن الغدر لعقد النمة لا يستلزم صحة ما تركوا وإياه كالكفر تركوا وإياه وهو الباطل الأعظم ، ولو سلم لم يستلزم عدم ثبوت النسب في الصورة المذكورة لجواز أن يقال لا يجب ، وإذا علم من له الولد بطريق آخر وجب إلحاقه به بعد كونه عن فراش صحيح ، وجيئها به لأقل من ستة أشهر من الطلاق مما يفيد ذلك فيلحق به وهم لم يقلوا عن أي حنيفة ثبوته ولا علمه ، بل اختلفوا أن قوله بالصحة بناء على عدم وجوبها فيخرج عليه ذلك أولا فلا ، فلنا أن نقول بعلمها ويثبت النسب في الصورة المذكورة . وفي المبسوط أن الخلاف بينهم فيها إذا كانت المرافعة أو الإسلام والعدة قائمة ، أما إذا كان بعد انقضائها فلا يفرق بالإجماع . ثم هنا نظران : الأول مقضى توجيه أي حنيفة أن الكفار لا مخاطبون بالمعاملات ، وهو خلاف ما ذكره المشايخ في الأصول من أن الاتفاق على أنهم مخاطبون بها في أحكام الدنيا ، والمسألة ليست محفوظة عن المقتضين وإنما استنبطها مشايخ بخارى من بعض تفريعاتهم ، كن نذر صوم شهر ثم ارتد ثم أسلم لا يلزمه النذر بعد ذلك ، والعراقيون على أنهم مخاطبون بالكل . وإنما قلنا لاختلافه لأن النكاح من المعاملات ، وكونه من حقوق الشرع لا ينافي كونه معاملة فيلزم اتفاق الثلاثة على أنهم مخاطبون بأحكام النكاح ، غير أن حكم الخطاب إنما يثبت في حق المكلف ببلوغه إليه ، والشبهة تنزل منزلته وهي متشقة في حق أهل النمة دون أهل الحرب فقضى النظر بالتفصيل . الثاني أن نبي أي حنيفة العدة هنا إنما هو فيها إذا كانوا يعتقون عندها ، ومقتضاه إذا كانوا يعتقون وجوبا أن لا يصح ، ويجب التجديد بعد الإسلام لأنه حين وقع كان باطلا فيلزم لزوم العدة إذا كانوا يعتقون لأن المضاف إلى تابين الدار الفرقة لأن العدة . وتعليل النفي هناك بقول المصنف لأنها وجبت إظهارا لخطر النكاح السابق ، ولا خطر للملك المحرر بالآية . قد يشكل عليه بقاء ملكه للنكاح إذا سبي الزوجان معا ، وسند كره تنمة (قوله فإذا تزوج مجموعى أمه أو بنته) أو مطلقته ثلاثا أو جمع بين خمس أو أختين في عقدة (ثم أسلما) أو أجدما (فرق بينهما) إجماعا (لأن نكاح المحارم) وما معه (له حكم البطلان فيما بينهم عندهما كما ذكرنا) يعنى في قوله في المسألة التي قبلها أن

وهذا كما ترى يشير إلى أن العدة لا يجب عن الكافر وهو الأصح . وقال بعضهم : يجب لكنها ضعيفة لا تمنع النكاح بناء على اعتقادهم كالاستبراء فيما بين المسلمين فكان النكاح صحيحا في الابتداء وحالة الإسلام والمرافعة حالة بقاء وهي لا تستلزم الشروط ولا تنافي العدة على ما قلنا . فإن تزوج المجموعى إحدى محارمه أو خامسة ثم أسلم أحدهما أو ترافعا فرق بينهما ، وما داما على الكفر ولم يترافعا لا يتعرض لهما وهذا بالاتفاق ، لكن عندهما باعتبار أن لنكاح المحارم حكم البطلان فيما بينهم لكونه مجعما عليه كما في المعتدة ، وإذا أسلم وجب التعرض به والتفريق ،

(قوله وهذا كما ترى يشير إلى أن العدة لا يجب عن الكافر الخ) أقول : يعنى قوله إن الحرمة لا يمكن إثباتها ، إل قوله : بخلاف ما إذا كانت تحت مسلم . ثم أقول : أنت غير بأن قوله وكذا كلمة الخ يشير إلى وجوبها ، فخلصت جمع بين القولين حيث جعل أول التعليل بتعليل البين وأتم آخره بتعليل البين الآخر ، كلنا في البداية ، وقد منع لخطري قيل أن أراه وجه المنة (قوله وقال بعضهم : يجب لكنها ضعيفة لا تمنع النكاح بناء على اعتقادهم كالاستبراء فيما بين المسلمين الخ) أقول : لكن صرح للشرح وغيره في باب الحرمان بأن استبراء البهيم ليس بواجب بل منع ، وأن لفظة حل يعنى الإصحاح ، إلا أن يقال : التثنية بالاستبراء ليس إلا فحمل منع النكاح دون الوجوب فليحل

في الصحيح إلا أن المحرمة تنافي بقاء النكاح فيفرق ، بخلاف العدة لأنها لاتنافيه ، ثم بإسلام أحدهما يفرق بينهما وبمرافعة أحدهما لا يفرق عنده خلافا لهما . والفرق أن استحقاق أحدهما لا يبطل بمرافعة صاحبه إذ لا يتغير به اعتقاده ، أما اعتقاد المصر لا يعارض إسلام المسلم لأن الإسلام يعلو ولا يعلى ، ولو ترافعا يفرق بالإجماع ،

أهل الذمة التزموا الجميع عليه عندنا ، وهذه الأنكحة جميع على بطلانها فيلزم حكمها ، وعلى ما حققنا من أن الكفار إما مخاطبون بالكل فتقوى العراقيين أو بالمعاملات فتقوى البخاريين يجب الاتفاق بين الثلاثة على أن له حكم البطلان باعتبار شيوع خطابات الأحكام في دارنا فتجعل نازلة في حقهم ، إذ ليس في وسع المبلغ سوى إشاعته دون أن يوصله إلى كل واحد ، غير أنا تركناهم وما يدنبون بأمر الشرع ، فإذا أسلما أو أسلم أحدهما وجب التفريق . وأما على ما اختاره القاضي أبو زيد وأتباعه وجعله المصنف وغيره الصحيح من أن له حكم الصحة عنده حتى يجب الثقة إذا طلبت ولا يسقط إحصائه بالدخول فيه ، حتى لو أسلم فقتله إنسان يحد خلافا لمشايع العراق القدوري وغيره فإنهم لا يوجبون الثقة والإحصان بناء على أن الخطاب غير نازل في حقهم الإنكارهم مع عدم ولاية الإنزام ، فلأن المحرمة تنافي البقاء كما تنافي الابتداء لكونها عدم المحل ، وأنت علمت أن هذا كله خلاف مقتضى النظر كما ينبغي أن يكون هو الوجه المختار ، وإنما يصح ذلك في الحريين لعدم شيوع الخطاب في دار الحرب ولأنه لا يبلغهم فلا يثبت حكمه في حقهم فيجب التعليل بمنافاة المحرمة كما ذكرناه . وأما إذا ترافعا فعلى الاعتبارين يفرق بينهما لأنهما رضيا بحكم الإسلام فالقاضي كالحكم . وأما بمرافعة أحدهما فقالا كذلك يفرق كإسلام أحدهما . وعند أبي حنيفة لا للفرق بين إسلام أحدهما ورضاه لأن بإسلام أحدهما ظهرت حرمة الآخر عليه لتغير اعتقاده (واعتقاد المصر لا يعارض إسلام المسلم لأن الإسلام يعلو ولا يعلى) بخلاف مراعاة أحدهما ورضاه فإنه لا يتغير به اعتقاد الآخر فيقي الأمر الشرعي بعدم التعرض له بلا معارض . والأوجه تحريم الخلاف في مراعاة أحدهما على الخلاف في أنه حين صدر كان باطلا عندهما ، لكن ترك التعرض للوفاء بالذمة ، فإذا اتفاد أحدهما لحكم الإسلام كان كإسلامه وعنده كان صحيحا ، ورفع أحدهما لا يرجعه على الآخر في إبطال استحقاقه بل يعارضه الآخر فيبقى الحكم على الصحة ، هذا كله بعد الإسلام أو المرافعة ، أما إذا لم يكن أحدهما فلا يفرق إلا في قول أبي يوسف الآخر على ما في الميسوط في التميمين أنه يفرق إذا علم ذلك . لما روى : أن عمر كتب إلى

وكذلك بالمرافعة ، وأما عنده فله حكم الصحة في الصحيح بناء على ما ذكرنا أن الحرمة إما أن تكون للشرع أو للزوج الخ . وقوله (في الصحيح) احتراز عن قول مشايخ العراق إن له حكم الفساد عنده لأنه لو كان له حكم الصحة لما فرق بينهما في البقاء . وقوله (إلا أن المحرمة) جواب عن هذا التشكيك . ووجهه أن المحرمة (تنافي بقاء النكاح) كما لو اعترضت على نكاح المسلمين برضاع أو مصاهرة (فيفرق) بينهما (بخلاف العدة لأنها لاتنافيه) كما مر (ثم بإسلام أحدهما يفرق بينهما) بالاتفاق (و) كذلك (بمرافعة أحدهما) بمطلب حكم الإسلام عندهما لأن إسلام أحدهما كإسلامهما في جواز التفريق فذلك رفع أحدهما يكون كرفعهما لأنه يرفع اعتقاد أحدهما لحكم الإسلام كما إذا أسلم . وأما عند أبي حنيفة فلا يفرق برفع أحدهما لأن الآخر قد استحق باعتقاده بقاء هذا النكاح واستحقاقه لا يبطل بمرافعة الآخر (إذ لا يتغير به اعتقاده) بل يعارضه بخلاف الإسلام فإن اعتقاد المصر لا يعارض إسلام المسلم

(قوله أو الزوج الخ) أقول : فيه أن هذا غير محتمل هنا (قال المصنف : إذ لا يتغير به) أقول : ذكر سنن المرافعة على تأويل الرغب

لأن مراعاتهما كتحكيمهما (ولا يجوز أن يتزوج المرتد مسلمة ولا كافرة ولا مرتدة) لأنه مستحق للقتل والإهمال ضرورة التأمل والنكاح يشغله عنه فلا يشرع في حقه (وكذا المرتدة لا يتزوجها مسلم ولا كافر) لأنها عبوسة للتأمل وخلمة الزوج تشغلها عنه، ولأنه لا ينتظم بينهما المصالح، والنكاح مارع لعينه بل لمصالحه (فإن كان أحد الزوجين مسلماً فالولد على دينه، وكذلك إن أسلم أحدهما وله ولد صغير صار ولده مسلماً بإسلامه)

عماله : أن فرقوا بين الجفوس ومخارمهم . أجيبي بأنه غير مشهور بل المعروف ما كتب عمر بن عبد العزيز إلى الحسن البصري : ما بال الخلفاء الراشدين تركوا أهل اللغة وما هم عليه من نكاح الحارم واقتناء الخمر والخنزير ، فكتب إليه : إنما بدلوا الجزية ليركعوا وما يعتقدون ، وإنما أنت متبع ولست بمبتدع والسلام . ولأن الولاية والقضاة من وقت الفتوحات إلى يومنا هذا لم يشتغل أحد منهم بذلك مع علمهم بمباشرتهم ذلك فعل عمل الإجماع . وفي الغاية معزيا إلى المحيط : لو طلبت المطلقة ثلاثا الضريق يفرق بينهما ، وكذا في الخلع : يعني إذا اختلعت من زوجها الذي ثم أمسكها فرمته إلى الحاكم فإنه يفرق بينهما لأن إسكانها ظلم وما أعطيناهم العهد على تقريرهم على الظلم ، وكذا في المطلقة الثلاث لأنهم يعتقدون أن الطلاق مزيل للملك وإن لم يمتدوا لخصوص عدد . وفي النهاية لو تزوج أختين في عقد ثم فارق إحداها ثم أسلم أن الباقية نكاحها على الصحة حتى أقر عليه له . وينبغي على قول مشايخ العراق وما ذكرنا من التحقيق أن يفرق لوقوع العقد فاسدا ووجب التعرض بالإسلام (قوله ولا يجوز أن يتزوج المرتد مسلمة ولا كافرة) أما المسلمة فظاهر لأنها لا تكون تحت كافر ، وأما الكافر فلا أنه مقتول معنى ، وكذا المرتدة لا تزوج أصلا لأنها عبوسة للتأمل ، ومناطق المنع مطلقا عدم انتظام مقاصد النكاح وهو لم يشرع إلا لها فكان أحق بالمنع من منع تزوج المرأة عهدها وبالعكس (قوله فإن كان أحد الزوجين مسلماً فالولد على دينه) يتحقق من الطرفين في الإسلام العارض بأن كانا كافرين فأسلمت أو أسلم ثم جاءت بولد قبل العرض على الآخر والضريق أو بعده في مدة ثبتت النسب في مثلها أو كان بينهما ولد صغير قبل إسلام أحدهما فإنه بإسلام أحدهما صار ذلك الولد مسلماً ، هذا إذا كانا في دار واحدة ، أما لو تباينت دارهما بأن كان الأب في دار الإسلام والولد في دار الحرب أو على العكس فإنه لا يصير مسلماً بإسلام أبيه ، وسند كرها في السير في فصل من باب المستأمن إن شاء الله تعالى . وأما في الإسلام الأصلي فإنه إنما يتحقق بأن تكون الأم كاتبة والأب مسلم ، فاجتاحت به فهو مسلم ، وحيث لا حاجة إلى التمييز على هذه المسئلة بقوله وكذلك إذا أسلم أحدهما الخ ، فإنها داخلة في عموم الأولى ومن أفرادها ، وهذه إجماعية تقسنا عليها ما إذا كان أحدهما كاتبا والآخر عجميا ، أما أو أبا فحكمنا

إذ الإسلام يعلو ولا يعلى ، وأما إذا ترافعا فلا بد من الضريق بينهما بالإجماع (لأن مراعاتهما كتحكيمهما) ولو حكما رجلا وطليبا منه حكم الإسلام له أن يفرق بينهما فالتأني أولى بذلك لعموم ولايته . وقوله (ولا يجوز أن يتزوج المرتد) واضح . وقوله (بل لمصالحه) يريد به السكنى والإزدواج والتوالد والتنازل . وقوله (فإن كان أحد الزوجين مسلماً فالولد على دينه) قيل كيف يصح هذا التعميم ولا وجود لنكاح المسلمة مع كافر أي كافر كان . وأجيبي بأن هذا محمول على حالة البقاء بأن أسلمت المرأة ولم يعرض الإسلام على الزوج بعد فاجتاحت بولد .

(قوله لأجيبي بأن هذا محمول على حالة البقاء بأن أسلمت المرأة ولم يعرض الخ) أقول : هذا الحكم مستلزم من قوله وكذا إذا أسلم أحدهما بطريق الصلاة كما لا يخفى ، ولا يبعد أن يقال : عملاً المسئلة بالذا زوج الكافر بالمسلمة بالنهر والغلبة كما وقع في الفتى التتارية : عليهم

لأن في جملة تبعاله نظرا له (ولو كان أحدهما كتابيا والآخر مجوسيا فالولد كتابي) لأن فيه نوع نظره إذ المجوسية شر ، والشافعي يخالفنا فيه للتعارض ونحن بينا الترجيح (وإذا أسلمت المرأة وزوجها كافر عرض عليه الإسلام

بأن الولد كتابي بجامع الأنظر للولد في الدنيا بالاقتراب من المسلمين بالأحكام من حل الذبيحة والمناكحة ، وفي الأخرى بتقصان العقاب إذ الكتابية أخف شرا من المجوسية فثبت الولد كذلك وبقية في الأحكام (والشافعي يخالفنا فيه) أي في إذا كان أحدهما كتابيا والآخر مجوسيا فيقول فيها إذا كان الأب كتابيا والأم مجوسية إنه مجوس في أصبح قوله ، وبه قال أحمد تغليا للتحريم . وقوله الآخر إنه كتابي تبعاً لأبيه ، وبه قال مالك لأن الانتساب إلى الأب ولو كانت الأم كتابية والأب مجوسى فهو تبع له قولاً واحداً فلا يحمل مناكحته ولا ذبيحته فقد جعله مجوسياً مطلقاً . وقوله للتعارض ، أي تعارض الإلحاقين : أي الإلحاق بأحدهما يوجب الحرمة وبالأخرى يوجب الحل فيغلب موجب الحرمة وهو بالإلحاق بالمجوسى (ونحن بينا الترجيح) بالقياس بجامعه ، وهذه الأحكام إنما ثبتت تبعاً ، والمقصود الأصل إثبات ديانتها على وجه النظر له على ما بينا . وأيضاً قوله صلى الله عليه وسلم : كل مولود يولد على الفطرة حتى يكون أبواه هما اللذان يهودانه ، والحديث ، جعل اتفاقهما ناقلاً له عن الفطرة ، فإذا لم يتفق أبى على أصل الفطرة أو على ما هو أقرب إلى أصل الفطرة كذا قيل ، ولا يخفى ما فيه . وأما ما قبل في ترجيح ترجيحنا على ترجيح الشافعي بأن ترجيحه يرفع التعارض وترجيحنا يدفعه فلا حاصل له إذا تأملت . واعلم أن التعارض هنا يجوز ، فإن ثبوته بثبوت المتعارضين مستزمن لحكمهما وليس هنا إلا ثبوت حكم على تقدير اعتبار : وضده على تقدير آخر ، فلما اشترك مع المعارضة في ترجيح أحدهما بالقول به مبي تعارضاً ، وإلا فالمتعارض تقابل الحجتين على السواء وليس هنا حاجة فضلاً عن تثنين (قوله وإذا أسلمت المرأة وزوجها كافر) سواء كان كتابياً أو غيره ، إذ لا يصح تزوج الكافر مطلقاً مسلمة ، ولو وقع عوقب وعوقبت أيضاً إن كانت عاتمة بحاله والساعى بينهما أيضاً امرأة أو رجلاً ، ولا يصير به ناقضاً لعهده إن كان ذمياً فلا يقتل خلافاً لمالك ، قاسه على ما إذا جعل نفسه طليعة للمشركين بجامع أنه باشر ماضين بعقد النمة أن لا يفعله . قلنا : كإلزام المسلم بالإسلام أن لا يفعله محظوره ، ويفعله لا يصير شرماً ناقضاً لإيمانه فيفعل الذى ما ألزم بعقد النمة أن لا يفعله لا يصير ناقضاً لإيمانه ، وقتل الطليعة لأنه مغارب معنى ، ولو أسلم بعد النكاح لا يقرآن عليه ولا يلحقه إجازة لأنه وقع باطلاً . وقال في إسلام الرجل ونحوه مجوسية لأن كفر المرأة مطلقاً لا يمنع تزوج المسلم بل غير الكتابية فلهذا

وقوله (والشافعي يخالفنا فيه) أي في جعل الولد تبعاً للكتابي (للتعارض) جعله تبعاً للكتابي يوجب حل الذبيحة والنكاح ، وجعله تبعاً للمجوسى يوجب حرمة ذلك فوق التعارض إذ الكفر ملة واحدة والرجوع للمحرم (ونحن بينا الترجيح) وهو قوله لأن فيه نوع نظر . فإن قلت : على ما ذكرت كل واحد منا ومن الخصم ذهب إلى نوع ترجيح فمن أين تقوم الحجة ؟ قلنا ترجيحنا يدفع التعارض وترجيحه يدفعه عند وقوعه والدفع أولى من الرفع لأن كم من واقع لا يرفع . قال (وإذا أسلمت المرأة وزوجها كافر) أطلق الكفر في قوله وزوجها كافر لعدم بقاء نكاح المسلمة مع كافر أى كافر كان ، وقيد الزوجة بالمجوسية لأنها إن كانت كتابية فلا عرض ولا

لئان الله تعالى (قوله إذ الكفر ملة واحدة الخ) أقول : فيه بحث ، فإن ذلك حدثنا ، وأما عنه فللشك ، والتفصيل في باب المرتدين من الكفار وغيره على أن إثبات المسمى لا يترقب عليه حتى يعمل به ، فإنه لا يمكن أن يقال : أحدهما غير من الآخر حتى يرجع به .

فإن أسلم فهي امرأته . وإن أبى ففرق القاضي بينهما . وكان ذلك طلاقاً عند أبي حنيفة ومحمد ، وإن أسلم الزوج ونحته مجوسية عرض عليها الإسلام ، فإن أسلمت فهي امرأته . وإن أبى ففرق القاضي بينهما ولم تكن الفرقة طلاقاً وقال أبو يوسف ، لا تكون الفرقة طلاقاً في الوجهين ، أما العرض فذهبنا ، وقال الشافعي : لا يعرض الإسلام لأن فيه تعرضاً لم وقد ضمننا بقصد البلمة أن لا تعرض لهم ، إلا أن ملك النكاح قبل الدخول غير متأكد فينقطع بنفس الإسلام ، وبعده متأكد فيتأجل إلى انقضاء ثلاث حيض كما في الطلاق .

فرضها في المجوسية . وحاصل المسئلة أنه إذا أسلم أحد الزوجين اللذين هما مجوسيان أو الزوجة منهما مجوسية والزوج كتابي أو الزوجة من الكتابيين أو الزوجة الكتابية والزوج مجوسي عرض على المهر الإسلام إذا كان بالغاً أو صبياً يعقل الأديان . لأن ردة مخرجة فكذلك إياه والنكاح قائم ، فإن أبى ففرق بينهما ، وإن كان الصبي مجنوناً عرض على أبويه ، وينبغي أن يكون معنى هذا أن أي الأبوين أسلم بى النكاح لأنه يقع المسلم منها وإن لم يكن مجنوناً لكنه لا يعقل الأديان بعد انتظر عقله لأن له غاية معلومة ، بخلاف الجنون ، هذا على قولهما . أما على قول أبي يوسف فاختلف المشايخ في إياه الصبي ، قيل لا يعتبر كما لا تعتبر ردة عنده ، وقيل يعتبر ، وصححه بعضهم وفرق بينه وبين الردة وحكم الصبية كالصبي وما لم يفرق القاضي هي امرأته حتى لو مات الزوج قبل أن تسلم امرأته الكافرة وجب لها المهر وإن لم يدخل بها لأن النكاح كان قائماً ويقرر بالموت . وقال الشافعي : لا يعرض على المهر لأنه تعرض منهي عنه ، بل إن كان الإسلام قبل الدخول انقطع النكاح في الحال لعدم تأكيده وإن كان بعده تأجل إلى انقضاء ثلاثة أطهار . وقول المصنف ثلاث حيض لا يتأق على مذهبه في العدة ، فإن لم يسلم تزوجت . قلنا : اعتبار انقضاء العدة قبل الفرقة وإضافة انقطاع النكاح إلى الإسلام لا نظير له في الشرع ولا أصل يلحق به قياساً بجامع صحيح ولا معنى يفيد ، بل الثابت شرعاً اعتبار العدة بعد الفرقة . ولنا أنه لا بد من سبب تضاف الفرقة إليه والإسلام عاصم . قال صلى الله عليه وسلم « فإذا قالوا له فقد عصموا مني دماهم وأموالهم » واختلاف الدين منتزع بتزويج المسلم كتابية ، ولأنه يرجع إلى إسلام المسلم لأنه الذي به حصل الاختلاف ، وكفر المهر لا يمنع وإلا لم يصح النكاح من الأصل فلم يبق إلا إياه الإسلام لأنه يصلح قاطعاً فأضفنا انقطاع النكاح إليه فكان هو المناسب . وفي الموطأ عن ابن شهاب الزهري أن ابنة الوليد بن المغيرة كانت تحت صفوان بن أمية فأسلمت يوم الفتح وهرب زوجها صفوان بن أمية من الإسلام فلم يفرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينه وبين امرأته حتى أسلم صفوان واستقرت عنده امرأته بذلك النكاح والتعرض للمنتع الجبر ، أما نفس الكلام معه تحميلاً لا يمنع ولأنه استسلام حكم شرعي هل نزل بالمرأة أو لا ، ثم تأيد بما ذكره الطحاوي وابن العربي في المعارضة أن عمر فرق بين نصراني وبين نصرانية بإياه عن الإسلام . وذكر أصحابنا أن رجلاً من تغلب أسلمت امرأته وهي نصرانية فرفضت إلى عمر بن الخطاب فقال له أسلم وإلا فرقت بينكما فأبى ، ففرق بينهما ، وظهر حكمه بينهم ، ولم ينقل خلاف أحد له (قوله وكان ذلك) يعني تفريق القاضي عند إياه الزوج (طلاقاً) بآثنا . والحاصل أن أبا يوسف لا يفرق بين الصورتين

تفريق وكلامه واضح . وقوله (كما في الطلاق) يريد أن نفس الطلاق قبل الدخول يرفع النكاح وبعده لا يرفع إلا بعد انقضاء العدة . وقوله (إلى انقضاء ثلاث حيض) ليس بصواب لأن العدة عنده بالأطهار ، وقيل معناه : وكان الشافعي يقول ينبغي أن يتأجل عندكم إلى انقضاء ثلاث حيض ، ويجوز أن يقال هذه المدة لم تعتبر للعدة بل

(قوله ويجوز أن يقال هذه المدة لم تعتبر للعدة الخ) أقول : فيه بحث ، فإنه يقول : إذا حانت بعد إسلام من أسلم منها ثلاث حيض انقضت

ولنا أن المقاصد قد فانت فلا بد من سبب يتنى عليه القرقة ، والإسلام طاعة لا يصلح سببا فيعرض الإسلام لتحصل المقاصد بالإسلام أو تثبت القرقة بالإباء . وجه قول أبي يوسف

فيجعله فسحا لا يتقص شيئا من عند الطلاق ، وأبو حنيفة ومحمد يجعلان القرقة بإباء الزوج طلاقا وإبباء المرأة فسحا . لأبي يوسف أن القرقة بسبب يشتركان فيه . يعنى الإباء فإنه من أسلم عن الكفر ومن لم يسلم عن الإسلام أو هو على معنى أنه يمكن تحقيقه من كل منهما ، فإذا وجد منه لا يكون طلاقا فإنه يوجد منها ولا يكون طلاقا ، والقرص وحلة السبب فصار كالقرقة بسبب الملك وخيار البلوغ والحرمية بالرضاع فإنهما يشتركان فيه بمعنى أنه يتحقق سببا من كل منهما فكان فسحا . ولما أنه فانت الإمساك بالمعروف فوجب التسريع بإحسان ، فإن طلق وإلا ناب القاضى منابه في ذلك فيكون طلاقا إذا كان نابا عن إبيه الطلاق ، لأنه إنما ينوب عنه فيما إليه التفريق به والذي إليه الطلاق . وأما المرأة فالتى إليها عند قدرتها على القرقة شرعا المسخ ، فإذا أبت نأب القاضى منابها فيما إليها التفريق به فلا تكون القرقة إلا فسحا فالقاضى نأب منابها فيما ، بخلاف ما قاس عليه من الملك والحرمية فإن القرقة فيهما لا بهلها المعنى بل للتنافى . وأما خيار البلوغ فإن ملك القرقة فيه لتطرق الخلل إلى المقاصد بسبب قصور شفقة العاقد لقصور قرابته . وعلى اعتبار تحقق هذا التطرق لا يكون للنكاح انعقاد من الأصل ، فالوجه في القرقة الكائنة عنه كونها فسحا ، وبخلاف رده أيضا على قول أبي حنيفة لأن القرقة فيها للتنافى : أى هي تنافى النكاح ابتداء فكلما بقاء ، ولذا لا يحتاج في ذلك كله إلى حكم الحاكم ، وإنما احتيج إليه في خيار البلوغ لأنه لدفع ضرر خفى ، والضرر في هله جلى ولا يحتاج إليه في الإباء ، فلم أن الإباء غير منأب للنكاح .

[فرغ] يقع طلاق زوج المرتدة وزوج المسلمة الآبى بعد التفريق عليهما ما دامت في العدة ، أما في الإباء فلأن القرقة بالطلاق ، وأما في الردة فلأن الحرمة بالردة غير متأبلة فإنها ترتفع بالإسلام فيقع طلاقه عليها في العدة مستتبها فاللدة من حرمتها عليه بعد الثلاث حرمة مفياة بوطء زوج آخر ، بخلاف حرمة الحرمية فإنها متأبلة لا غاية

للتفريق وما لم يعتبر لما يعتبر فيه الحيفى كما في الاستبراء (ولنا أن المقاصد) بالنكاح (قد فانت) وتقريره بإسلام المرأة أو زوج المسيحية فانت المقاصد بالنكاح وفواتها، وهو حادث لا بد له من سبب ، فلما أن يكون هو الإسلام أو كفر من بقى عليه لا سبيل إلى الأول لأنه طاعة لا يصلح سببا لفوات النعم ولا إلى الثانى لأن كفر من بقى على كفره قد كان موجودا قبل هذا ولم يمنع ابتداء ولا فواتها بقاء فلا بد من أمر آخر غيرهما (فيعرض الإسلام لتحصل المقاصد به) إن أسلم أو ثبت ما يصلح لذلك وهو الإباء، فإن الإباء عنه صالح لسلب النعم ، وإذا أضيف القوات إليه أضيف ما يستلزمه القوات وهو القرقة فكانت القرقة مضافة إلى الإباء ، وفى كلام المصنف نوع لإغلاق لأنه

عندما نهل لما الزوج من شاعت، صرح به فيرى في شرح الكفر، فلا يصح أن يقال اللدة لم تعتبر للعدة (قوله ولنا أن المقاصد بالنكاح قد فانت) وتقريره بإسلام المرأة أو زوج المسيحية فانت المقاصد بالنكاح (الغ) أقول : أنت غير بأن قوات المقاصد حصل قبل العرض كيف يكون الإباء سببا له ، ثم ليت شرعى ما الحاجة إلى توسط قوات المقاصد ، فإنه لو ردد في سبب القرقة ابتداء لاستقام الكلام ، والظاهر أن مراد المصنف بالقوات المذكور هو القرقة ، والألف واللام في القرقة للمهد فليتمل ، فإن ذلك بعيد غاية البعد ، ألا يرى إلى قول المصنف لتحصل المقاصد بالإسلام (قوله فلا بد من أمر آخر غيرهما) أقول : يجوز أن يقال : السبب هو اختلاف الدين المستلزم للامسك والكتمان ، وفى غيره هو الاختلاف في ذلك الدين فليتمل (قوله وإذا أضيف القوات إليه أضيف ما يستلزمه القوات وهو القرقة فكانت القرقة مضافة إلى الإباء)

أن الفرقة بسبب يشترك فيه الزوجان فلا يكون طلاقا كالفرقة بسبب الملك . ولهما أن بالإيهام امتنع الزوج عن الإمساك بالمعروف مع قلبرته عليه بالإسلام فينوب القاضى منابه في التسريح كما في الحب والعتة ، أما المرأة فليست بأهل للطلاق فلا ينوب القاضى منابها عند إيهائها (ثم إذا فرق بينهما بإيهائها فلها المهران كان دخل بها) لتأكده بالدخول (وإن لم يكن دخل بها فلا مهر لها) لأن الفرقة من قبلها والمهر لم يتأكد فأشبه الردة والمطوعة (وإذا أسلمت المرأة في دار الحرب وزوجها كافر أو أسلم الحربي ونحوه يجوزية لم تقع الفرقة عليها حتى تحيض ثلاث حيض ثم تبين من زوجها) وهذا لأن الإسلام ليس سببا للفرقة ، والعرض على الإسلام متعذر لقصور الولاية ، ولا بد من الفرقة دفعا للفساد فأقمنا شرطها وهو مضى الحيض مقام السبب كما في حفر البثر ،

لها فلا يفيد حقوق الطلاق فائتة (قوله وإذا أسلمت المرأة في دار الحرب وزوجها كافر أو أسلم الحربي ونحوه يجوزية لم تقع الفرقة حتى تحيض ثلاث حيض) إن كانت ممن تحيض والا فلا أشهر ، فإن أسلم الآخر قبل

يلزم عليه أن يقال فوات المقاصد يصلح سببا ينبنى عليه الفرقة فلا حاجة إلى العرض ، لكن إذا تأملت فيها ذكرته حتى التأمل أزال عنك الشبهة . ولما فرغ من البحث مع الشافعي شرع فيه مع أبي يوسف في أن الفرقة في الزوجين لا تكون طلاقا ، ووجه قوله ما ذكره (أن الفرقة بسبب يشترك فيه الزوجان) على معنى أنه يتحقق منهما وهو الإيهام ، وكل فرقة بسبب يشترك فيه لا تكون طلاقا كالفرقة الواقعة بسبب ملك أحد الزوجين الآخر والواقعة بالخزمية . ولما أن الزوج امتنع بالإيهام عن الإمساك بالمعروف لما مر من فوات المقاصد ، ومن امتنع عن الإمساك بالمعروف تاب القاضى منابه في التسريح بإحسان كما في الحب والعتة . وقوله (مع قلبرته عليه بالإسلام) زيادة تأكيد ، وأرى أن تركه كان أفضل لأنه لو كان شرطا بطل قياسه على الحب والعتة . وقوله (أما المرأة فليست بأهل للطلاق) واضح . وقوله (فأشبه الردة والمطوعة) يفتح الواو : يعنى أنها إذا ارتدت والعياذ باقية أو مكنت ابن زوجها ، فإن كان ذلك بعد للدخول كان لها المهر لتأكده بالدخول ، وإن كان قبله فلا مهر لها . وقوله (وإذا أسلمت المرأة في دار الحرب م ظاهر . وقوله (والعرض على الإسلام متعذر) من باب : عرضت الناقة على الخوض من القلب الذى لا يشجع عليه إلا أفراد البلغاء . وقوله (فأقمنا شرطها) أى شرط الفرقة (وهو مضى الحيض) الثلاث إن كانت ممن تحيض أو ثلاثة أشهر إن لم تحيض (مقام سبب الفرقة) قال في النهاية : وهو تفريق القاضى عند إيهام الزوج الإسلام ، وكأنه أراد أنسب بطريق النيابة وإلا فقد تقدم أن سبب الفرقة هو الإيهام . وقوله (كما في حفر البثر) يعنى في قيام الشرط مقام السبب ، وذلك لأن الأصل إضافة التلف إلى فعل الواقع في البثر التى حفرت على قارعة الطريق لأنه هو العلة ، لكنه تعلل ذلك لكونه طبيعيا لاتمدى فيه ، ثم إضافته إلى السبب وهو المشي

أقول : الفوات مقدم على الإيهام ، فكيف يكون المتأخر سببا المتقدم (قوله ووجه قوله ما ذكره أن الفرقة بسبب يشترك فيه الزوجان الخ) أقول : الأول أن يقرر حكما : هذه الفرقة فرقة بسبب يشترك فيه الزوجان . قال ابن المدام : على معنى أنه يتحقق منهما وهو الإيهام ، أو يكون المراد أن الإيهام يشتركان فيه فإنه من أسلم من الكافر ومن لم يسلم من الإسلام له . إلا أن قوله كالفرقة بسبب الملك يعين للمضى الأول ، ويجوز أن يقال : الملك نسبة يشترك فيه المتبنيان (قوله وقوله مع قلبرته عليه بالإسلام زيادة تأكيد ، وأرى أن تركه كان أفضل لأنه لو كان شرطا بطل قياسه على الحب والعتة) أقول : إنما ذكر ذلك لإظهار أن تفريق القاضى هنا بالطريق الأول حيث يصلح بمقتوره بالإسك بمعروف ، بخلاف المعتن والمحبوب فلي تأمل (قوله قال في النهاية : وهو تفريق القاضى عند إيهام الزوج الإسلام ، وكأنه أراد أنه سبب بطريق النهاية ، وإلا فقد تقدم أن سبب الفرقة هو الإيهام) أقول : الإيهام سبب لحكم القاضى بالفرقة كالشهادة بالعدالة في القضاء

ولا فرق بين المدخول بها وغير المدخول بها ، والشافعي يفصل كما مر له في دار الإسلام ، وإذا وقعت الفقرة والمرأة خريبة فلا عدة عليها وإن كانت هي المسلمة فكلبك عند أبي حنيفة خلافا لهما ، وسيأتيك إن شاء الله تعالى (وإذا أسلم زوج الكتائية فهما على نكاحهما) لأنه يصح النكاح بينهما ابتداء فلأن يتي أولى . قال (وإذا خرج أحد الزوجين إلينا من دار الحرب مسلما وقعت البيوتة بينهما) وقال الشافعي لا تنفع (ولو سبي أحد الزوجين

انقضاء هذه المدة فهما على نكاحهما ، وإن لم يسلم حتى انقضت وقعت الفقرة ، ثم قال المصنف (وإذا وقعت الفقرة والمرأة خريبة) بأن كان الذي أسلم هو الزوج (فلا عدة عليها ، وإن كانت هي المسلمة فكلبك عند أبي حنيفة خلافا لهما) قال (وسيأتيك) يعنى في مسألة المهاجرة . فالحاصل أنه لعدة بعد البيوتة عند أبي حنيفة في الصورتين ، وعندهما إذا كانت هي المسلمة فليها العدة وهكذا ذكر خمس الأنحة . وكأنه أخذه من قول محمد في السير فيها إذا أسلمت المرأة في دار الحرب بعد أن ذكر الفقرة بشرطها وعليها ثلاث حيض أخرى بعد الثلاث الأول وهي فرقة بطلاق ويقع طلاقه عليها مادامت في العدة في الثلاث الحيض الأواخر ، ثم قال محمد : وينبى في قياس قول أبي حنيفة أن لا يكون عليها عدة . وأما الطحاوى فقد أطلق وجوب العدة عليها حيث قال : ومن أسلمت امرأته في دار الحرب إلى أن قال : فإذا حاضتها بانت ووجبت عليها العدة بعد ذلك ، ثم علل الحكم المذكور فقال : وهذا : أى توقفت البيوتة على انقضاء المدة المذكورة لأنه لا بد من سبب تضاف إليه الفقرة والإسلام غير مناسب له وكذا الاختلاف لأنه يرجع إلى إسلام المسلم ، ولأنه متقوض كما ذكرنا ، وكلنا كفر المصر فليس إلا الإياء وهو معتذر في دار الحرب فأضيف إلى شرط البيوتة ، وذلك لأن سبب الفقرة الطلاق بشرط انقضاء العدة ، وللإضافة إلى الشرط عند تعليلها إلى العلة نظير في الشرع وهو حافر البئر في الطريق يضاف ضمان ماتلف بالسقوط فيه إلى الحفر ، وهو شرط لأن العلة قتل الرافع . وقوله والمرض على الإسلام الوجه فيه ، وعرض الإسلام عليه فهو من باب القلب ، ونظيره في اللغة : عرضت الناقة على الحوض ، وخرق الثوب الممار بنصب السمار (قوله وإذا أسلم زوج الكتائية فهما على نكاحهما) ظاهر (قوله وإذا خرج أحد الزوجين إلينا مسلما وقعت البيوتة) حكم المسئلة

وقد علمت ذلك لأن المشى في الطريق مباح لأعالة فأضيف إلى الشرط وهو حفر البئر لأنه لم تعارضه العلة والسبب ، وله شبه بالعدة من حيث تعلق الحكم به وجودا وفيه تعد لأنه في غير ملك الحافر وموضعه أصول الفقه ثم المرأة إذا كانت مسلمة فهى كالمهاجرة على ماسياتى حكم المهاجرة ، وإذا كان الزوج هو المسلم فلا عدة عليها بالاتفاق (ولا فرق بين المدخول بها وغير المدخول بها) عندنا (والشافعي يفصل كما مر له في دار الإسلام) من قوله فإن كان قبل الدخول وقعت الفقرة في الحال وإن كان بعده بعد انقضاء العدة . ولنا أن هذه الحيض لأجل الفقرة لا للعدة فتستوى فيها المدخول بها وغيرها ، وهذا لأن الزوج في صورة الطلاق يأسر سبب الفقرة وهو الطلاق فجاز أن يعتبر السبب في الحال إذا كان قبل الدخول فلا يحتاج إلى مضى الحيض ، وأما ههنا فالفرض أنه لم يأسره فاحتاج إلى مضى للفرقة فيستويان فيها (وإذا وقعت الفقرة والمرأة خريبة فلا عدة لها) بالإجماع لأن حكم الشرع لا يثبت في جهتها . وقوله (وإن كانت هي المسلمة) ظاهر . وقوله (فلأن يتي أولى) لأن البقاء أسهل من الابتداء فكم من شيء يتحمل في النكاح حالة البقاء وإن لم يتحمل في الابتداء ، ألا ترى أن المنكوحة إذا وطئت بشبهة تعدد له وتبقى منكوحة ، ولا يجوز نكاح المعتدة من وطء بشبهة ابتداء . قال (وإذا خرج أحد الزوجين إلينا) صورة

بالفقوة ، فالفرقة حقيقة بتفريق التفاهي (قوله ولنا أن عدم الحيض : أي قوله : فيسيران فيها) أقول : فيه تأمل .

وقعت البينة بينهما ، وإن سببا معاً لم تقع بوقال الشافعي : وقعت ، فالحاصل أن السبب هو التباين دون السبي عندنا وهو يقول بعكسه . له أن التباين أثره في انقطاع الولاية ، وذلك لا يؤثر في الفرقة كالخبري المستأمن والمسلم المستأمن ، أما السبي فيقتضي الصفاء للسببي ولا يتحقق إلا بانقطاع النكاح ، ولهذا

لا يتوقف على خروجه مسلماً بل وذمياً كما سذكر (قوله فالحاصل أن السبب الخ) اختلف في أن تباين الدارين حقيقة وحكما بين الزوجين هل يوجب الفرقة بينهما ؟ قلنا نعم ، وقال الشافعي : لا ، وفي أن السبي هل يوجب الفرقة أم لا ؟ قلنا لا ، وقال نعم . وقوله قول مالك وأحمد فيضرح عليه أربع صور وفاقبتان ، وهما لو خرج الزوجان إلينا معاً ذميين أو مسلمين أو مستأمنين ثم أسلما أو صاراً ذميين لانقطع الفرقة اتفاقاً ، ولو سبي أحدهما تقع الفرقة عنده للسبي وعندنا للتباين . وخلافيتان إحداهما ما إذا خرج أحدهما إلينا مسلماً أو ذمياً أو مستأمناً ثم أسلم أو صار ذمياً عندنا تقع ، فإن كان الرجل حل له الزواج بأربع في الحال وبأخت امرأته التي في دار الحرب إذا كانت في دار الإسلام ، وعنده لانقطع الفرقة بينه وبين زوجته التي في دار الحرب إلا في المرأة تخرج مراعاة لزوجها أي بقصد الاستيلاء على حقه فحينئذ ينفك عنه بالمراعاة والأخرى ما إذا سبي الزوجان معاً ، فعنده تقع الفرقة والسببي أن يطأها بعد الاستبراء ، وعندنا لانقطع لعدم تباين داريهما . وفي المحيط : مسلم تزوج حرة في دار الحرب فخرج رجلاً بها إلى دار الإسلام بآنت من زوجها بالتباين ، ولو خرجت المرأة بنفسها قبل زوجها لم يكن لأنها صارت من أهل دارنا بالتزامها أحكام المسلمين ، إذ لا يمكن من العود والزواج من أهل دار الإسلام فلا تباين يريد في الصورة الأولى إذا أخرجهما الرجل قهراً حتى ملكها لتحقق التباين بينهما وبين زوجها حينئذ حقيقة وحكما ، أما حقيقة فظاهر وأما حكماً فلاشك في دار الحرب حكماً وزوجها في دار الإسلام حكماً . وجه قوله أن تباين الدارين (أثره في انقطاع الولاية) أي ولاية من في دار الحرب عليه إن كان غارباً إلينا وولاية من في دارنا عليه إن كان لاحقاً لدارنا الحرب بحيث يتعدل الإلزام عليه (وذلك لا يؤثر في الفرقة كالخبري المستأمن والمسلم المستأمن أما السبي فيقتضي الصفاء للسببي) والصفاء هنا بالذم : أي الخلو من (ولا يتحقق) صفاؤه له (إلا بانقطاع النكاح ولهذا) أي

المسئلة ظاهرة ، والحاصل كذلك . وتقرير دليله أن التباين أثره في انقطاع الولاية ، وانقطاع الولاية لا يؤثر في الفرقة ، كالخبري إذا دخل دارنا بأمان فإن ولايته قد سقطت إذ المراد بانقطاع ولاية سقوط مالكيته عن نفسه وماله . وكالسلم إذا دخل دار الحرب بأمان فإن ولايته انقطعت ولم تؤثر في الفرقة ، وهذا لإبطال دليل الخصم ، وقوله (أما السبي فيقتضي الصفاء للسببي ولا يتحقق) الصفاء له (إلا بانقطاع النكاح ولهذا) أي لأن السبي يقتضي الصفاء

(قوله فإن ولايته قد سقطت ، إذ المراد بانقطاع ولاية سقوط مالكيته عن نفسه وماله) أقول : لو انقطعت الولاية لما جرى بينهما التوارث (قوله وهذا لإبطال دليل الخصم) أقول : به تأمل ، فإن ذلك أيضاً لإثبات ملكيته أن التباين ليس سبباً للفرقة ، ولا يتعلق به دليل الخصم . والجواب أن تكون التباين سبباً للفرقة من مقدمات دليل المسئلة المذكورة في المتن فإنه كبره فيإبطاله إبطال الأصل قال المصنف : وأما السبي فيقتضي الصفاء) أقول : هذا الكلام من الشافعي مخالف لما ذكره في تعليق عدم جواز إيجاب التباين على النكاح على ما فصل في النهاية وشرح أكثر وغيره (قوله وقوله وأما السبي الخ) أقول : هو مبتدأ ، وغيره بعد سطرين وهو قوله لإثبات المنخب

يسقط الدين عن ذمة المسي . ولنا أن مع التباين حقيقة وحكما لا تنظم المصالح فشابه المحرمية ، والسبي يوجب ملك الرقبة وهو لا ينافي النكاح ابتداء فلكللك بقاء

لثبوت الصفاء بالسبي (يسقط ؛ ماعلى المسي من دين) إن كان لكافر عليه لعدم احترامه ، فكلنا يسقط حق الزوج الحربي ، وهذا لأن الصفاء موجب لملك ما يحتمل التملك وملك النكاح كذلك فخصص له عند عدم احترام الحق المتعلق به وصار سقوط ملك الزوج عنها كسقوطه عن جميع أملاكه فلنا ذهب . ويؤيده من المقول أن أبا سفيان أسلم في معسكر رسول الله صلى الله عليه وسلم بمصر الظهران حين أتى به العباس وزوجه هند بمكة وهى دار حرب إذ ذاك ولم يأمرهما رسول الله صلى الله عليه وسلم بتجديد نكاحهما . ولما فتحت مكة هرب عكرمة بن أبي جهل وحكيم بن حزام حتى أسلمت امرأة كل منهما وأخلت الأمان لزوجها وذهبت فجاءت به ولم يجدد نكاحهما . وتباين الدارين بين أبي العباس بن الربيع زوج زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضى عنها أظهر وأشهر فلما هاجرت إلى المدينة وتركته بمكة على شركه ، ثم جاء وأسلم بعد سنين ، قيل ثلاث سنين ، وقيل ست ، وقيل ثمان فردها عليه بالنكاح الأول فهذه كلها قروض لما علمنا به . واستدل الشافعي أيضا على إثبات علته بأن قوله تعالى - والمحصنات من النساء إلا ما ملكتم أيمانكم - نزلت في سبايا أوطاس وكن سبين مع أزواجهن : وقد علم أن منادى رسول الله صلى الله عليه وسلم نادى « ألا لا تنكح الحبايل حتى يضمن ، ولا الحبايل حتى يضمن » فقد استقى المسيات مع أزواجهن من المحرمات ، فظهر أن السبي يوجب القرقة . وقوله كالخبري المستامن ظاهر أنه أصل قياس وفرعه الخارج إلينا مسلما من دار الحرب أو ذميا ، والحكم عدم القرقة بينه وبين زوجته بجماع عدم سببها فهو من قبيل تعليل الحكم العدى بالمعنى العدى ، وعلى هذا فالسوق لإثبات الفرع ، لكن الظاهر أن المراد نفي تأثير التباين فحق اللفظ هكذا لا يؤثر في القرقة لتدخله في المستامن الخ (قوله ولنا أن مع التباين حقيقة وحكما لا تنظم المصالح) التى شرع النكاح لها لأن الظاهر أن الخارج إلينا مسلما أو ذميا لا يعود ، والكاثر هناك لا يخرج إلينا فكان التباين متافيا له ، فكان اعتراضه قاطعا ، كاعتراض المحرمية بالرضاع ، وتقبيل ابن الزوج بشهوة مثلا لما قاله كان اعتراضها قاطعا . ثم شرع بقصد تعيين السبي . حلة فقال (والسبي يوجب ملك الرقبة) يعنى يمنع أن

(يسقط الدين عن ذمة المسي) لإثبات المذهب (ولنا أن المصالح لا تنظم مع التباين حقيقة وحكما وتقريره تباين الدارين حقيقة وحكما ينافي انتظام المصالح ، وما ينافي انتظام المصالح يقطع النكاح كالمحرمية ، فتباين الدارين يقطع النكاح ، والمراد بالتباين حقيقة تباعدهما شخصا ، وبالحكم أن لا يكون في الدار التى دخلها على سبيل الرجوع بل يكون على سبيل القرار والسكنى وهذا لإثبات المذهب . وقوله (والسبي يوجب ملك الرقبة) لرد دليل الخصم . وتقريره : السبي يوجب ملك الرقبة وملك الرقبة لا ينافي النكاح ابتداء ، ولهذا لو زوج أمته جاز فكلما بقاء ولهذا لو كانت

(قالوا مصنف : ولنا الخ) أقول : قوله أن مع التباين حقيقة وسما إشارة إلى الجواب عن قيامه على الحربي المستامن . وقوله (والسبي يوجب ملك الرقبة) معارضة . وقوله ثم هو يقتضى الصفاء فعمل حله الخ متناقضة : يعنى إن أردت أن يقتضى الصفاء في محل حله فسلم ، ولكن لاسم أنه لا يحقق إلا بانقطاع التكلل والستة ظهر وإن أردت أنه يقتضى الصفاء فعمل حله في محل التكلل أيضا غير مسلم (قوله ولهذا لو كانت المسبية منكوسة لمسلم لورثى لا يهمل النكاح مع تقرر السبي الخ) أقول : قال ابن الحسام : وفى المحيط : مسلم تزوج حرة فدار الحرب فخرج رجلها إلى دار الإسلام بابت من زوجها بالتباين ، ولو خرجت المرأة بنفسها قبل زوجها لم تن لها ما سادت من أهل دارها بالزنا أحكام المسلمين إذ لا تمكن من السود والزواج من أهل دار الإسلام فلا تباين . يريد في الصورة الأولى إذا أعربها الرجل قبلها حتى ملكها يتحقق التباين بينها وبين زوجها فحقيقة حقيقة وحكما ، أما حقيقة فظاهر ، وأما حكما فلا فى دار الحرب حكما وزوجها فى دار الإسلام حكما . ثم أقول : وفى كلام ابن الحسام : أى قوله (وأما حكما فلا فى دار الحرب حكما وزوجها فى دار الإسلام حكما) فمطل . ثم على تقرير

وصار كالشراء ثم هو يقتضى الصفاء في محل عمله وهو المال لا في محل النكاح . وفي المستأمن لم يتباين الدار حكما

يكون موجبا غير ذلك ، وإذن فما اقتضاه ملك الرقبة لزم السبي تبعاً للملكها ، وما لا فلا ، وملك الرقبة لا يقتضى ملك النكاح إلا إذا ورد على خال عن مملوكيته أو مالكيته ، وكذا ابتداء النكاح ويقاؤه في العبد المشتري فهو كسائر أسباب الملك من الشراء والهبة والإرث وزوال أملاك المسي لثبوت رقه ، والعبد لا يملك له في المال ، بخلاف النكاح فإنه من خصائص الآدمية فيملكه إذا ابتداء وجوده بطريق الصحة حتى لا يملك سيده التخليق عليه ، وإنما توقف في الابتداء على إذهنه لما يستتزم من تنقيص ماليته . وسقوط الدين الكائن للكافر على المسي الحر ليس مقتضى السبي بل لتعذر بقاءه ، لأنه إنما يبقى ما كان وهو حين وجب كان في ذمته لا شاغلا لمالية رقبته . ولا يمكن أن يثبت بعد الرق بالسبي إلا شاغلا لما فيصير الباقي غيره ، ولذا لو كان المسي عبدا مديونا كذلك لا يسقط عنه الدين بالسبي . نص عليه محمد في المأذون . فإن قيل : بل يجوز كون الدين في ذمة العبد غير متعلق برقبته ، ولذا يثبت الدين بإقراره ولا يبيع فيه . أجيب بمنع تعلقه في العبد كذلك ، وإنما لا يطالب بإقراره لأن إقراره لا يسرى في حق المولى ، حتى لو ثبت بالاستهلاك قطعا معاينة بيع فيه . وأما ما استدلل به من قصة أبي سفيان فالحق أن أبا سفيان لم يكن حسن الإسلام يومئذ بل ولا بعد الفتح ، وهو شاهد حيننا على ما يفيد السيرة الصحيحة من قوله حين أنهرم المسلمون : لا ترجع هزيمتهم إلى البحر . وما نقل أن الأكرام حينئذ كانت معه وغير ذلك مما يشهد بما ذكرنا مما نقل من كلامه بمكة قبل الخروج إلى هوازن بخين ، وإنما حسن إسلامه بعد ذلك رضى الله عنه ، والذي كان إسلامه حسنا حين أسلم هو أبو سفيان بن الحرث ، وأما عكرمة وحكم فلما هربا إلى الساحل وهو من حلود مكة فلم يتباين دارهم . وأما أبو العاص فلما ردها عليه صلى الله عليه وسلم بنكاح جديد ، روى ذلك الترمذى وابن ماجه والإمام أحمد ، والجمع إذا أمكن أولى من إهدار أحدهما ، وهو يعمل قوله على النكاح الأول على معنى بسبب سبقه مراعاة لحرمته كما يقال ضربته على إساءته ، وقيل قوله ردها على النكاح الأول لم يحدث شيئا معناه على مثله لم يحدث زيادة في الصداق والنجاء وهو تأويل حسن . هذا وما ذكرناه مثبت وعلى النكاح الأول ناف لأنه مبق على الأصل . وأيضا يقطع بأن الفرقة وقعت بين زينب وبين أبي العاص بملة تزيد على عشرين سنين ، لأنها أسلمت بمكة في ابتداء الدعوة حين دعا صلى الله عليه وسلم زوجته خليجة وبنته ، ولقد

المسيبة منكوبة لمسلم أو ذى لا يطل النكاح مع تقرر السبي . والمنافى إذا تقرر فالحترم وغيره سواء كما إذا تقرر بالهزيمة والرضاع . وقوله (وصار) أى صار السبي (كالشراء) من حيث أن النكاح لا يفسد بالشراء فكذلك بالسبي لعدم المنافة . وقوله (ثم هو) أى السبي (يقتضى الصفاء) أى سلمنا أن السبي يقتضى الصفاء لكن في محل عمله وهو المال حتى يثبت الملك في رقبة المسي للسالى على الخلو لا في محل النكاح وهو منافع البضع لأن ذلك ليس محل عمله لأن ذلك من خصائص الإنسانية لا المالية . وقد اندرج في هذا الكلام الجواب عن قوله ولذا يسقط الدين عن ذمة المسي لأن الدين في الذمة وهى من محل عمله لأنها هى الرقبة . وقوله وفي المستأمن جواب عن قوله كالحر في المستأمن أو المسلم للمستأمن ، وكان قد احتز بقوله وحكما عن ذلك ، فإن التباين وإن وجد في المستأمن حقيقة لكنه لم يوجد حكما لقصده الرجوع

ابن الإمام يفتي أن يكون مراد الفاجر أكل الدين لو كانت المسيبة منكوبة لمسلم أو ذى وغربا معها إلى دار الإسلام أو قبلها (قوله وقد اندرج في هذا الكلام الجواب عن قوله ولذا يسقط الدين عن ذمة المسي لأن الدين في الذمة وهى من محل عمله لأنها هى الرقبة) أقول: فيجيب بل الذمة وصف للإنسان على ما بين في الأصول ، ثم أوضح ما ذكره يلزم أن يسقط الدين إذا كان المسي عبدا وليس كذلك نص عليه الظاهر وغيره (٥٤ - فتح القدور - ج ٢)

انقضت المدّة التي تبين بها في دار الحرب مزارا وولدت . وروى أنها كانت حاملا فأسقطت حين خرجت مهاجرة إلى المدينة ، وروّعها هبار بن الأسود بالرمح . واستمر أبو العاص بن الربيع على شركه إلى ما قبيل الفتح فخرج تاجرا إلى الشام ، فأخذت سرية المسلمين ماله وأعجزهم هربا ثم دخل بلبل على زينب فأجارته ، ثم كلم رسول الله صلى الله عليه وسلم السرية فردّوا إليه ماله ، فأحتمل إلى مكة فأتى الودائع وما كان أهل مكة أبضعا معه ، وكان رجلا أمينا كريما ، فلما لم يبق لأحد عليه علقه فقال : يا أهل مكة هل بقي لأحد منكم عندي مال لم يأخذه ؟ قالوا : لا ، فجزاك الله عنا خيراً فقد وجدناك وفيا كريما ، قال : فلاني أشهد أن لا إله إلا الله وأن محمدا عبده ورسوله ، والله مامنني من الإسلام عنده إلا تخوف أن تظنوا أنني إنما أردت أن آكل أموالكم ، فلما أداها الله إليكم وفرغت منها أسلمت ، ثم خرج حتى قدم على رسول الله صلى الله عليه وسلم . وما ذكر في الروايات من قولهم وذلك بعد ست سنين أو ثمان سنين أو ثلاث سنين فإنما ذلك من حين فارقه بالأبدان وذلك بعد غزوة بدر . وأما البيئونة فقبل ذلك بكثير ، لأنها إن وقعت من حين آمنت فهو قريب من عشرين سنة إلى إسلامه ، وإن وقعت من حين نزلت . ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا - وهي مكية فأكثر من عشر - هذا غير أنه كان حابسها قبل ذلك إلى أن أسر فيمن أسر يسر . وهو صلى الله عليه وسلم كان مغلوبا على ذلك قبل ذلك ، فلما أرسل أهل مكة في فداء الأسارى أرسلت زينب في فدائه فقلادة كانت خديجة أعطتها إياها ، فلما أراها رسول الله صلى الله عليه وسلم رق لها فردّها عليها وأطلقها ، فلما وصل جهازها إليه صلى الله عليه وسلم لأنه صلى الله عليه وسلم كان شرط عليه ذلك عند إطلاقه واتفق في خروجها إليه ما اتفق من هبار بن الأسود . وهذا أمر لا يكاد أن يختلف فيه اثنان وبه قطع بأن الرد كان على نكاح جديد كما هو من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، ووجب تأويل رواية « على النكاح الأول » كما ذكرنا . وأعلم أن بنات رسول الله صلى الله عليه وسلم لم تصف واحدة منهن قبل البعثة بكفر ليقال آمنت بعد أن لم تكن مؤمنة ، فقد اتفق علماء المسلمين أن الله تعالى لم يبعث نبيا قط أشرك بالله طرفه عين ، والولد يتبع المؤمن من الأبوين فلمز أنهن لم تكن إحداهن قط إلا مسلمة ، نعم قبل البعثة كان الإسلام اتباع ملة إبراهيم عليه السلام ، ومن حين وقع البعثة لا يثبت الكفر إلا بإنكار المنكر بعد بلوغ الدعوة ، ومن أول ذكره صلى الله عليه وسلم لأولاده لم يتوقف واحدة منهن . وأما سبايا أوطاس فقد روى أن النساء سبين وحدهن ، ورواية الترمذي تفيد ذلك عن أبي سعيد الخدري قال : « أصبنا سبايا أوطاس ولهن أزواج في قومهن ، فذكروا ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فنزلت - والمحصنات من النساء إلا ما ملكت أيمانكم - لكن بقي أن يقال : البعثة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب ، ومقتضى اللفظ حل المملوكة مطلقا سواء سبيت وحدها أو مع زوج ، وأما المشتراة متزوجة فمخرجة بالإجماع فيجب أن يبقى مساوها داخل تحت العموم على الإباحة . والجواب أن المسيبة مع زوجها تخص أيضا بدليلنا وبما نذكره تبقى المسيبة وحدها ذات بعل وبلا بعل والله سبحانه أعلم . وأما قياسه على الحربي المستأمن والمسلم المستأمن . فالجواب منع وجود التباين لأن المدعى علة منه هو التباين حقيقة وحكما وهو يصير الكائن في دار الحرب في حكم الميت حتى يعتق مذبوره وأمها . وأولاده ويقسم ميراثه ، والكائن في دارنا ممنوعا من الرجوع ، وهذا متفق في المستأمن . وإذا كافأ ما ذكر بقي ما ذكرنا من المعنى اللازم للتباين الموجب للفرقة سالما عن المعارض

لقصده الرجوع (وإذا خرجت المرأة إلىنا مهاجرة جازلها أن تزوج ولا عدة عليها) عند أبي حنيفة . وقالوا : عليها العدة ، لأن الفقرة وقعت بعد الدخول في دار الإسلام فيلزمها حكم الإسلام . ولأبي حنيفة أنها أثر النكاح المتقدم وجبت إظهارا لخطرها ، ولا لخطر الملك الحربي ، ولهذا لا يجب على المسبية

فوجب اعتبارها ، ودليل السمع أيضا وهو قوله تعالى - إذا جاءكم المؤمنات مهاجرات - إلى قوله - فلا ترجعهن إلى الكفار إلا من حل لهم ولا هم يحلون لهن وآتوهن ما أنفقوا ولا جناح عليكم أن تنكوهن إذا اتيموهن أجورهن ولا تمسكوا بهن الكوافر - وقد أفاد من ثلاث نصوص على وقوع الفقرة ومن وجه اقتضائي وهو قوله تعالى - فلا ترجعهن - (قوله وإذا خرجت المرأة إلىنا مهاجرة) أي تاركة الدار إلى أخرى على عزم عدم العود ، وذلك بأن تخرج مسلمة أو ذمية . هذه المسئلة حكم آخر على بعض ما تضمنه موضوع المسئلة التي قبلها لأنها كانت إذا خرج أحد الزوجين مهاجرا وقعت الفقرة ، وهذه إذا كان الخارج منهما المرأة وقعت الفقرة اتفاقا ، هل عليها عدة ؟ فيها خلاف . عند أبي حنيفة لا فتزوج للحال إلا أن تكون حاملا فتربص لا على وجه العدة بل ليرتفع المانع بالوضع ، وعندهما عليها العدة : ثم اختلفا لو خرج زوجها بعدها وهي بعد في هذه العدة فطلقها هل يلحقها طلاقه ؟ قال أبو يوسف : لا يقع عليها . وقال محمد : يقع . والأصل أن الفقرة إذا وقعت بالتناهي لتأخير المرأة حلا للطلاق عند أبي يوسف ، وعند محمد تصير وهو أوجه إلا أن تكون محرمة لعدم فائدة الطلاق على ما بيناه . وثمرة تظهر فيها لو طلقها ثلاثا لاحتياج زوجها في تزوجها إذا أسلم إلى زوج آخر عند أبي يوسف ، وعند محمد يحتاج إليه . وجه قولهما أنها حرة وقعت الفقرة عليها بعد الإصابة والدخول إلى دار الإسلام فيلزمها حكم العدة حقا للشرع كالمطلقة في دارنا من المسلمات ، بخلاف مالهو طلقها الحربي في دار الحرب ثم هاجرت لأعدة عليها بالإجماع لأن الفقرة في دارهم وهم لا يؤمنون بأحكامنا هناك ، وهذا على ما اخترناه من أن أصلهما أن الخطاب يلزم الكفار في المعاملات ، غير أن شرط البلوغ وأهل الحرب لا يلزمهم فلا يتعلق بهم حكمه ، بخلاف أهل دارنا منهم . ولأبي حنيفة أن العدة إنما وجبت لإظهارا لخطر النكاح المتقدم ولا لخطر الملك الحربي ، بل أسقطه الشرع بالآية المتضمنة في المهاجرات وهي - ولا تمسكوا بهن الكوافر - بعد قوله - ولا جناح عليكم أن تنكوهن - فقد رفع الجناح عن نكاح المهاجرة وأمر أن لا تمسك بهن الكوافر جمع كافرة ، فلو شرطت العدة لزم التسك بقعدة نكاحهن الموجودة في حال كفرهن ، وبهذا يظلل قولهما وجبت لحق الشرع كي لا يختلط المياه ، واستغنيا به عن إبطاله بأن الشرع أبطل النكاح بالتباين لما فاته للنكاح فقد حكم بمنافاته للعدة لأنها أثره حيث حكم بمنافاته لما له

(وإذا خرجت المرأة إلىنا مهاجرة) أي تركت أرض الحرب إلى أرض الإسلام وخرجت مسلمة أو ذمية على قصد أن لا ترجع إلى ما هاجرت عنه أبدا (جازلها أن تزوج ولا عدة عليها عند أبي حنيفة . وقالوا : عليها العدة لأن الفقرة وقعت بعد أن دخلت في دار الإسلام) وكل فرقة كانت كذلك يلزمها حكم الإسلام كالمسلمة والذمية . ولأبي حنيفة أن العدة لإظهار خطر ملك النكاح (ولا لخطر الملك الحربي ولهذا لا يجب على المسبية) بالاتفاق . فإن قيل : لو لم يكن للملكه خطر لما وجبت إذا خرجت حاملا . أجيب بأنها لا يجب عليها العدة ولكنها لا تزوج لأن في بطلانها ولذا ثبت النسب . فإن قيل : الهجرة أوردت تباين الدارين وهو لا يربو على الموت ولو ماتت وجبت العدة فلتجب معها أيضا . أجيب بأن الموت لا يوجب سقوط الحرمات حكما فلزمها العدة بحكم الملك ، وأما تباين الدارين فيسقطها حقيقة وحكما فيزول ملكه لا إلى أثر .

(قوله ولو ماتت وجبت العدة الخ) أقول : لا نسلم ذلك فإن الحربي لا يلزم أحكام الإسلام ، وإنما اعتقده وجوب العدة غير معلوم .

(وإن كانت حاملًا لم تزوج حتى تضع حملها) وعن أبي حنيفة أنه يصح النكاح ولا يقربها زوجها حتى تضع حملها كما في الحبل من الزنا . وجه الأول أنه ثابت النسب فإذا ظهر الفراه في حق النسب يظهر في حق المنع من النكاح احتياطاً . قال (وإذا ارتد أحد الزوجين عن الإسلام وقعت القرعة بغير طلاق) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال

الأثر : فإن لقاتل أن يمنع المأزومة ويقول لا نسلم أن منافاة الشيء تنافي أثره إلا إذا كان جهة المنافاة ثابتة في الأثر أيضاً ، وهو منتف لأن في النكاح عدم انتظام المصالح والعلة لا ينفكها عدم انتظام المصالح بل بتمامه مدة بقائها إلى أن تنقضي فيجب أن تثبت لموجبها بلا مانع ، لكن قد يقال عصم الكوافر عام يدخل فيه المسبية دون زوجها والمتروكات في دار الحرب للأزواج المهاجرين فلهن أن يزوجوا بأربع وبأخت الكائنة هناك لعدم اعتبار عصم الكوافر في دار الحرب للفرقة والمسبية مع زوجها وهذه خصت عندكم فلها أن يتمسك بعقدتها حيث قلتم لا تنقض الفرقة بينها وبين زوجها ، فيجاب أن يخص المهاجرة في حق العدة بحدث سببا أو طلاق ، فإنه دل على أن من انفسخ نكاحها بالثبوت لا يلحق وطؤها قبل تربص ، وإذا وجب عليها تربص ، وهي حرة كان عدة إجماعا لعدم القائل بالفصل ، وحينئذ فإبطاله الوجوب للخطر لا يفيد إذ كان له سبب آخر وهو حق الشرع المدلول عليه بوجوب الاستبراء فإنه أفاد أن لا يحل فرج المدخول بها عن الامتناع إلى مدة غير أنه اعتبر مدة الاستبراء أكثر كما هو دأب الشرع في إظهار التفات بين الحرية والأمة في مثله (قوله وإن كانت) يعني المهاجرة (حاملًا لم تزوج حتى تضع) وقدمنا أنه عند أبي حنيفة لا بطريق العدة ، وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يجوز تزويجها ولا يقربها حتى تضع حملها كالحامل من الزنا . وجه الظاهر أن حملها ثابت النسب فظهر في حق المنع احتياطاً ، وإنما قال احتياطاً لأن مجرد كونه ثابت النسب إنما يقتضي ظاهراً أن لا توطأ لأن به يصير سابقاً مائه زرع غيره فتعدي المنع إلى نفس الزوج بلا وطء للاحتياط فقط لأن به يقع الجمع بين الفراهين وهو ممتنع بمنزلة الجمع وطأ ولهذا لم يميز عنده تزوج الأخت في عدة الأخت والخامسة في عدة الأربع (قوله وإذا ارتد أحد الزوجين عن الإسلام وقعت الفرقة) في الحال (بغير طلاق) قبل الدخول أو بعده ، وبه قال مالك وأحمد في رواية ، وقال الشافعي وأحمد في أخرى قبل الدخول هو كذلك ، وأما بعده فيوقوف إلى انقضاء العدة فإن جمعهما الإسلام قبل انقضائها يستمر النكاح وإلا

وحاصله أن الثابتين يربو على الموت ، ألا ترى أنه يمنع التوارث والموت يوجبها ، ولو خرجت حاملًا لم تزوج حتى تضع حملها ، رواه محمد عن أبي حنيفة لأن حملها ثابت النسب من الغير ، فإذا ظهر الفراه في حق النسب يظهر في حق المنع أيضاً احتياطاً كما الولد إذا حبلت من مولاه لا يزوجه حتى تضع (و) روى أبو يوسف والحسن بن زياد (عن أبي حنيفة أنه يصح النكاح ولا يقربها زوجها حتى تضع حملها) لأنه لا حرمة للحري فيجوز له أولى (كما في الحبل من الزنا) فإنه لا حرمة للماء الزاني . قيل والأول أصح لأنه حمل ثابت النسب ، بخلاف الحمل من الزنا . وتحقيقه أن الحمل من الغير يمنع الوطء مطلقاً وثابت النسب يحرم فممنع النكاح أيضاً دون غيره . قال (وإذا ارتد أحد الزوجين عن الإسلام) والى ما ذهب إليه (وقعت الفرقة) بينهما سواء كان دخل بها أو لم يدخل . وعند الشافعي إن لم يدخل بها فذلك ، وإن دخل بها فحتى تنقضي ثلاث حيض بناء على ما ذكرنا . له من تأكيد النكاح وعدم تأكيده وكانت الفرقة (بغير طلاق) حتى لا ينتقض عند الطلاق (عند أبي حنيفة وأبي يوسف .

(قوله لأنه لا حرمة للعرب فيجوز أول) أقول : فيه أن جزءه إما مسلم أو ذى كاهن فلا يكون مسلموا العرب فضلاً عن الأولوية .

محمد : إن كانت الردة من الزوج فهي فرقة بطلاق ، هو يعتبره بالإباء والجامع ما بينهما ، وأبو يوسف مر على ما أصلنا له في الإباء ، وأبو حنيفة فرق بينهما . ووجه الفرق أن الردة متافية للنكاح لكونها متافية للعصمة والطلاق رافع فتملأ أن تجعل طلاقا ، بخلاف الإباء لأنه يفوت الإمساك بالمعروف فيجب التسريع بالإحسان على مأمور ،

تبين الفرقان من وقت الردة . قلنا : هذه الفرقة للتأني فإن الردة متافية للعصمة موجبة للعقوبة ، والمتأني لا يحتمل التراخي ، بخلاف الإسلام فإنه غير مناف للعصمة ، هذا جواب ظاهر المنع . وبعض مشايخ بلخ وسمرقند أفتوا في ردتها بعدم الفرقة حسما لاحتياها على الخلاص بأكبر الكبائر ، وعامة مشايخ بخارى أفتوا بالفرقة وجبرها على الإسلام وعلى النكاح مع زوجها الأول لأن الحسم بذلك يحصل ، ولكل قاض أن يحدد النكاح بينهما بمهر يسير ولوبدينار رضيت أم لا ، وتزور خمسة وسبعين ، ولا تسترق المعتدة مادامت في دار الإسلام في ظاهر الرواية ، وفي رواية النواذر عن أبي حنيفة تسترق ، وهذا الكلام في الفرقة . وأما كونها طلاقا فاتفق الإمامان هنا على أنها من جهة الزوج والمرأة فسخ ، وقال محمد هي في ردة الزوج طلاق وفي ردتها فسخ مر على أصله في الإباء ، وكذا أبو يوسف ، وفرق أبو حنيفة بين الردة والإباء . وجه قول محمد باعتباره بالإباء (والجامع ما بينهما) وهو أن بالإباء امتنع عن الإمساك بمعروف مع قدرته عليه فينوب القاضي متابه ، وقيل ما بيناه مما حاصله أن سبب الفرقة فعل من الزوج لإبائه أو ردة (وأبو يوسف مر على ما أصلنا له في الإباء) وهو أنه سبب يشترك فيه (وأبو حنيفة فرق) بأن الردة متافية للنكاح لأنها متافية للعصمة لبطان العصمة عن نفسه وأملأك ، ومنها ملك النكاح ، كلما قرر . والحق أن متافاتها لعصمة الأملاك تبع لمتافاتها لعصمة النفس ، إذ بذلك المتافاة صار في حكم

وقال محمد : إن كانت الردة من الزوج فهي فرقة بطلاق وإن كانت من المرأة فهي بغير طلاق (هو يعتبرها بالإباء والجامع ما بينهما) يعني قوله امتنع عن الإمساك بالمعروف (وأبو يوسف مر على ما أصلنا له في الإباء) وهو أن الفرقة بسبب يشترك فيه الزوجان والطلاق مما يختص بالزوج (وأبو حنيفة فرق) بين الإباء والارتداد فجعل الفرقة بإبائه الزوج طلاقا دون الردة (ووجه الفرق أن الردة متافية للنكاح لكونها متافية للعصمة) لأنها تبيح النفس والمال وتبطل الملك والنكاح (والطلاق) ليس بمناف للنكاح لأنه (رافع) له بعد تحققه مسببا عنه ، والمسبب عن الشيء الرافع له لا ينافيه فلا تكون الردة طلاقا بخلاف الإباء لأنه يفوت الإمساك بالمعروف (وليس بمناف للنكاح) فيجب التسريع بالإحسان على مأمور واعتراض بوجهين : أحدهما أن الردة لاتأني ملك العين بل يصير موقوفا فما بال ملك النكاح لا يكون كذلك . والثاني أن الردة لو كانت متافية لما وقع طلاق المرتد على أمرائه بعد الردة كما في الحرمة

(قال المصنف : والجامع ما بينهما) أقول : من أنه امتنع عن الإمساك بالمعروف إلا أنه لا يجري هنا بتمام علم توقف الفرقة هنا على قبضه (قوله) لأنها تبيح النفس والمال وتبطل الملك الخ) أقول : وفي بحث : فإن ملك المال لا يبطل بل يتوقف ، وبظاهر أن الراد بالعصمة عصمة النفس فلذلك إشارة إلى ما مر من أن النكاح مباحر إلا لمصاحه ، والمصالح لا تنظم بينهما لكونه مستحق القتل فأميل . ويجوز أن يكون مراده بالإبطال ما به الزوال الموقوف (قال المصنف : ووجه الفرق أن الردة متافية للنكاح الخ) أقول : تصور القياس من الشكل الثاني مكلدا : الردة تمنع إبداء النكاح لمتافاتها لهواء ولا شيء من الطلاق كذلك بل هو رافع له فلا شيء من الردة بطلاق ، ويجوز تصويره من الشكل الأول (قال المصنف : والطلاق رافع) أقول : يعني الطلاق رافع كلما وجد ، بخلاف الردة لأنها كما ترغ تلغ وتمنع الإبداء (قوله مسببة الخ) أقول : يستفي عنه في إتمام الدليل مع أنه محل كلام ، ويتم الدليل بأن يقال : الردة متافية لإبداء النكاح ولا شيء من الطلاق كذلك بل رافع بعد وجوده فلا شيء من الردة بطلاق (قوله لما وقع طلاق المرتد على أمرائه بعد الردة) أقول : يعني في العدة .

ولهذا تتوقف القرعة بالإبراء على القضاء ولا تتوقف بالردة (ثم إن كان الزوج هو المرتد فلها كل المهر إن دخل بها ونصف المهر إن لم يدخل بها ، وإن كانت هي المرتدة فلها كل المهر إن دخل بها ، وإن لم يدخل بها فلا مهر لها ولا نفقة) لأن القرعة من قبلها . قال (وإذا ارتدنا معا ثم أسلمنا معا فهما على نكاحهما) استحسانا . وقال زفر : يبطل لأن ردة أحدهما منافية ، وفي ردهما ردة أحدهما .

الميث والطلاق لا يثنان النكاح لثبوته معه حتى لا تنقضي البينة بمجردة بل بأمر زائد عليه أو عند انقضاء العدة ولزم كون الواقع بالردة غير الطلاق وليس إلا الفسخ ، بخلاف القرعة بالإبراء فإنها ليست للمنافاة ولذا بقي النكاح مالم يفرق القاضي لأنها فرقة بسبب فوات ثمرات النكاح فوجب رفعه لارتفاع ثمراته اللاتي من قبل الزوج ، فالقاضي يأمره بالإمسك بمعروف بالإسلام أو التسريح بإحسان ، فإذا امتنع ناب عنه . وفي الشروح من تقرير هذا الفرق أمور لا تعمس المطلوب . وكذا قوله في الهداية والطلاق رافع لأن الراجع يجمع المنافي بالضرورة ، نعم هو أعم . يثبت مع المنافي ومع الطلاق فلا يقع به فرق ولا دخل له فيه (ثم إن كان الزوج هو المرتد فلها كل المهر إن دخل بها) ونفقة العدة أيضا (ونصفه) إن لم يدخل بها ، وإن كانت هي المرتدة فلها كل المهر إن دخل بها) لا نفقة العدة لأن القرعة من جهتها . وإن لم يكن دخل بها فلا مهر ولا نفقة (قوله وإذا ارتدنا معا ثم أسلمنا معا فهما على نكاحهما استحسانا)

لكنه يقع بالاتفاق . وإجابات عن الأول أن ما يرجع إلى المحل فلا ابتداء والبقاء فيه سواء ، والردة تنافي النكاح ابتداء فكذا بقاء ، وتوقف تحصيل ملك العين بالشراء ابتداء فكذا بقاء . وعن الثاني أن وقوع الطلاق تابع لإمكان ظهور أثره ، وحيث كانت المحلية متصورة العود بالتوبة أمكن ظهور أثره وكان معتبرا ، بخلاف الحرمية فإن المحلية غير متصورة أبدا فلا يمكن ظهور أثره . وعن هذا قالوا : إذا ارتد الرجل ولحق بدار الحرب لم يقع على المرأة طلاق لأن تبين الدارين منافي للنكاح فكان منافيا للطلاق الذي هو من أحكام النكاح ، فإن عاد إلى دار الإسلام وهي في العدة وقع عليها الطلاق لأن المنافي وهو تبين الدارين قد ارتفع وحلته الطلاق بالعدة وهي قائمة فيقع . وإذا ارتدت المرأة ولحقت بدار الحرب لم يقع طلاق الزوج عليها عند أبي حنيفة لأن العدة قد سقطت عنها عنده لقوات المحلية ، لأن من كان في دار الحرب فهو كالميت في حقنا وبقاء الشيء في غير محله مستحيل والعدة متى سقطت لا تعود إلا بعود سببها ، بخلاف الفصل الأول لأن العدة هناك باقية ببقاء محلها لأنها في دار الإسلام ، إلا أن تبين الدارين كان مانعا من وقوع الطلاق ، فإذا ارتفع المانع والعدة باقية وقع . وقال أبو يوسف : يقع الطلاق لأن العدة باقية عنده . وقوله (ولهذا تتوقف القرعة) توضيح لكون الردة منافية للطلاق دون الإبراء . وقوله (ثم إن كان الزوج) ظاهر . وقوله (ولا نفقة) متعلق بقوله وإن كانت هي المرتدة فلها كل مهرها إن دخل بها لا إلى ما يليه ، لأن المسلمة إذا كانت غير مدخول بها ووقعت القرعة لا يجنب النفقة على زوجها فيحذف لا يرتاب أحد في عدم وجوب النفقة في المرتدة إذا كانت غير مدخول بها . وقوله (لأن القرعة من قبلها) يعني فكانت كالناشئة ولا نفقة لها . وقوله (وإن ارتدنا معا) واضح : ووجه ما روي أن أبي حنيفة وهم حتى من العرب ارتدوا بمنع الزكاة

(قال المصنف : ولهذا تتوقف القرعة) أقول : أي لكون الإبراء مقوتا للإمسك لامتثالها فنكاح ، بخلاف الارتداد (قوله والردة تنافي النكاح ابتداء فكذا بقاء) أقول : وقد سبق دليل عدم لفتنا ابتداء في هذا الباب ، إلا أن هذا الجواب متغوص بالمعنى فإن العدة تنافي النكاح ابتداء ولا تنافيه بقاء بل ما في أوائل الباب (قوله لأن تبين الدارين منافي للنكاح) أقول : يتجبر المنافي بخرج العود من حيث التصور ، ولعل الأول أن يقال : بالعاق يثنى بالأمرات وطلاق الميت غير واقع (قوله أن أبي حنيفة وهم حتى من العرب ارتدوا بمنع الزكاة)

ولنا ما روى أن بنى حنيفة ارتدوا ثم أسلموا ، ولم يأمرهم الصحابة وضوان الله عليهم أجمعين بتجديد الأنكحة ، والارتداد منهم واقع معالجهالة التاريخ . ولو أسلم أحدهما بعد الارتداد معا فسد النكاح بينهما لإصرار الآخر على الردة لأنه مناف كابتدائها .

هذا إذا لم يلحق أحدهما بدار الحرب بعد ارتدادهما ، فإن لحق فسد التباين . والقياس وهو قول زفر والأئمة الثلاثة تقع الفرقة لأن في ردتها ردة أحدهما وهي منافية للنكاح (ولنا) وهو وجه الاستحسان (أن بنى حنيفة ارتدوا ثم أسلموا ولم يأمرهم الصحابة بتجديد الأنكحة) ولما لم يأمرهم بذلك علمنا أنهم اعتبروا ردتهم وقت معا ، إذ لو حلت على التعاقب لفسلت أنكحتهم ولزمهم التجديد . وعلمنا من هذا أن الردة إذا كانت معا لا توجب الفرقة . واعلم أن المراد علم تعاقب كل زوجين من بنى حنيفة أما جميعهم فلا لأن الرجال جاز أن يتعاقبوا ولا تفسد أنكحتهم إذا كان كل رجل ارتد مع زوجته ، فحكم الصحابة بعدم التجديد لحكمهم بذلك ظاهرا لاحلا عليه للجهل بالحال كالفرق والحرق . وهذا لأن الظاهر أن قيم البيت إذا أراد أمرا تكون قرينته فيه قرينته . وهذا والمذكور في الحكم بارتداد بنى حنيفة في الميسوط منعها الزكاة ، وهذا يتوقف على نقل أن منعهم كان بلحجده افتراضها ولم ينقل ولا هو لازم . وقتال أبي بكر رضى الله عنه لإمام لا يستلزمه لجواز قتالهم إذا أجمعوا على منعهم حقا شرعيا وعطلوه ، والله أعلم . وقد يستدل للاستحسان بالمعنى وهو عدم جهة المنافاة ، وذلك لأن جهة المنافاة بردة أحدهما عدم انتظام المصالح بينهما ، والموافقة على الارتداد ظاهر في انتظامها بينهما إلى أن يموتا بقتل أو غيره . والأوجه الاستدلال بوقوع ردة العرب وقتالهم على ذلك فإنه من غير تعيين بنى حنيفة ومائى الزكاة قطعى ثم لم يؤمروا بتجديد الأنكحة إلى آخر ما ذكرنا (قوله ولو أسلم أحدهما بعد ارتدادهما معا فسخ النكاح) لأن ردة الآخر منافية للنكاح فصار بقاؤها كإنشائها الآن حال إسلام الآخر حتى إن كان الذى عاد إلى الإسلام هو الزوج فلا شيء لما إن كان قبل الدخول ، وإن كانت هى التى أسلمت ، فإن كان قبل الدخول فلها نصف المهر ، وإن دخل بها فلها كل المهر فى الوجهين لأن المهر يقرر بالدخول ديننا فى ذمة الزوج والديون لا تسقط بالردة .

[فروع] الأول نصرانية تحت مسلم تمجسا وقعت الفرقة بينهما عند أبى يوسف خلافا لحمد . وجه قوله أن الزوج قد ارتد والمخزومية لأجل المسلم فإحداثها ما يحرم به كالردة فقد ارتد معا فلا تقع الفرقة . ولأبى يوسف أن الزوج لا يقر على ذلك بل يجبر على الإسلام والمرأة تقرر فصار كردة الزوج وحده ، وهذا لما عرف أن الكفر

ويعت إليهم أبو بكر الصديق الجيوش فأسلموا ولم يأمرهم بتجديد الأنكحة والصحابة متوافقة فحل ذلك محل الإجماع يترك به القياس . فإن قيل : الارتداد لم يقع منهم دفعة . أجاب بقوله (والارتداد واقع منهم معا حكما لجهالة التاريخ) فإن التاريخ إذا جهل لم يحكم بتقدم شيء على شيء وإنما يحل في الحكم كأنه وجد جملة واحدة (ولو أسلم أحدهما بعد الارتداد) أى بعد ارتدادهما (فسد النكاح لإصرار الآخر على الردة لأنه مناف كابتدائها) على ما تقدم ، ثم إن كانت المرأة هى التى أسلمت قبل الدخول بها فلها نصف المهر عندنا ، وإن كان الزوج فلا شيء لما لأن الفرقة جاءت من جانبها بالإصرار على الردة فإن الإصرار بعد إسلام الآخر كإنشاء الردة ، والله أعلم .

أقول : جاحدا افتراضها (قوله فإن قيل الارتداد لم يقع منهم دفعة) أقول : وكان الكلام فيه (قوله فإن التاريخ إذا جهل لم يحكم بتقدم شيء على شيء) أقول : كما فى الفرق والحرق .

(باب القسم)

كله ملة واحدة فالانتقال من كفر إلى كفر لا يجعل كإشائه فصار كما لو تهودا فإن الفرقة تقع فيه بالاتفاق . ومحمد يفرق بأن إنشاء الجوسية لا يحل للمسلم فإحداها كالارتداد . بخلاف اليهودية ، ألا ترى أنها لو تمجست وحدها تقع الفرقة ، ولو تهودت لاتقع فافترا . الثاني يجوز نكاح أهل ملل الكفر بعضهم بعضا في تزوج اليهودى مجوسية ونصرانية لأن الكل ملة واحدة من حيث الكفر وإن اختلفت لمحلهم كأهل المذاهب ، ثم الولد على دين الكتابي منهم . الثالث إذا أسلم الكافر ونحته أكثر من أربع أو أختان أو أم وبنتها وأسلمن معه وهن كتابيات ، فعند أبى حنيفة وأبى يوسف إن كان تزوجهن في عقدة واحدة فرق بينه وبينهن أو في عقد فتكاح من يحل سبقه جائز ونكاح من تأخر فوقع به الجمع أو الزيادة على الأربع باطل .

(باب القسم)

لما فرغ من ذكر النكاح وأقسامه باعتبار من قام به من المسلمين الأحرار والأرقاء والكفار وحكمه اللازم له من المهر شرع في حكمه الذى لا يلزم وجوده وهو القسم ، وذلك لأنه إنما يثبت على تقدير تعدد المنكوحات ونفس النكاح لا يستلزمه ولا هو غالب فيه . والقسم يفتح القاف مصدر قسم ، والمزاد التسوية بين المنكوحات ويسمى العدل بينهما أيضا ، وحقيقته مطلقا بمنتهى كما أخبر سبحانه وتعالى حيث قال - ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة - وقال تعالى - فإن خضتم أن لا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم - بعد إحلل الأربع بقوله تعالى - فأنكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع - فاستفدنا أن حل الأربع مقيد بعدم خوف عدم العدل وثبوت المنع عن أكثر من واحدة عند خوفه ، فعلم إيجابه عند تعددهن . وأما قوله صلى الله عليه وسلم « استوصوا بالنساء خيرا » فلا يخص حالة تعددهن ولأنهن رعية الرجل وكل راع مسؤول عن رعيته وإنه في أمرهم يحتاج إلى البيان لأنه أوجب ، وصرح بأنه مطلقا لا يستطاع ، فعلم أن الواجب منه شيء معين ، وكذا السنة جاءت مجملة فيه . روى أصحاب السنن الأربعة عن عائشة رضى الله عنها قالت « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقسم فيعدل ويقول : اللهم هذا قسمي فيما أملك فلا تلمني فيما تملك ولا أملك : يعنى القلب » أى زيادة المحبة ، فظاهره أن ماعدها مما هو داخل تحت ملكه وقدرته تجب التسوية فيه ، ومنه تعدد الوطأت والقبيلات والتسوية فيهما غير لازمة إجماعا ، وكذا ما زوى أصحاب السنن الأربعة والإمام أحمد والحاكم من حديث أبى هريرة عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال « من كانت له امرأتان فالإحداها جاء يوم القيامة وشقه مائل » أى مفلوج ، ولقظ أبى داود والنسائي « قال إلى إحداها على الأخرى » فلم يبين فيأذا ، وأما ما فى الكتاب

(باب القسم)

لما ذكر جواز عدد من النساء لم يكن بد من بيان العدل الوارد من الشارع في حقهن في باب على حدة ، لكن اعتراض ما هو أهم بالذكر من بيان جواز النكاح وعلمه الراجعين إلى أمر القروج وغيرهما أوجب تأخيرهم . والقسم يفتح القاف مصدر قسم القسام المال بين الشركاء : فرقه بينهم وعين أنصباهم ، ومنه القسم بين النساء ،

(باب القسم)

(وإذا كان للرجل امرأتان حرّتان فعليه أن يعدل بينهما في القسم بكرين كانتا أو ثنتين أو إحداهما بكراً والأخرى ثيباً) لقوله عليه الصلاة والسلام « من كانت له امرأتان ومال إلى إحداهما في القسم جاء يوم القيامة وشقه مائل » وعن عائشة رضي الله عنها « أن النبي عليه الصلاة والسلام كان يعدل في القسم بين نسائه . وكان يقول : اللهم هذا قسمي فيما أملك فلا تولاخني فيما لا أملك : يعني زيادة المحبة ، ولا فصل فيما رويتنا . والقديمة والجديدة سواء لإطلاق ما رويتنا ،

من زيادة قوله في القسم فافقه أعلم بها لكن لا تعلم خلافاً في أن العدل الواجب في البيوتة والثانيس في اليوم والميلة ، وليس المراد أن يضبط زمان النهار فيقدر ماعاشر فيه إحداهما فيعاشر الأخرى بقدره بل ذلك في البيوتة ، وأما التها في الجملة (قوله وإذا كان للرجل امرأتان حرّتان فعليه أن يعدل بينهما) التقيد بمحرتين لإخراج ما إذا كانت إحداهما أمة والأخرى حرة لا لإخراج الأمتين . ثم ظاهر العبارة ليس بمبيد فإنه يعطى أنهما إذا لم يكونا حرتين ليس عليه أن يعدل بينهما وليس بصحيح ، لكن معنى العدل هنا التسوية لأحد الجور ، فإذا كانتا حرتين أو أمتين فعليه أن يسوى بينهما ، وإن كانتا حرة وأمة فلا يعدل بينهما : أي لا يسوى بل يعدل بمعنى لا يجوز ، وهو أن يقسم للحرة ضعف الأمة فالإيهام نشأ من اشتراك اللفظ . قوله والقديمة والجديدة سواء لإطلاق ما رويتنا) وهو معنى قوله لا لفصل فيما ذكرنا فكان الأول أن يقال لما ذكرنا : يعني من قوله ولا فصل الخ : يعني أن مارويتنا يوجب التسوية بين الجديدة والقديمة ، وكذلك ما تلونا من الآية فنحتج به . وعند الشافعي أنه يقيم عند البكر الجديدة أول ما يدخل بها سبعة يخطبها بها ثم يدور وعند الثيب الجديدة ثلاثاً إلا إن طلبت زيادة على ذلك فحينئذ يخطب حقها ويحتسب عليها بذلك المدة ، لما روى عن أنس قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « للبكر سبع والثيب

وقد وقع في أكثر النسخ (وإذا كان للرجل امرأتان) بتذكير كان مع إسناده إلى الموثق الحقيق لوقوع الفصل كما في قولك حضر القاضي اليوم امرأة ، وكلامه واضح . وقوله (ولا فصل فيما رويتنا) يعني بين البكر والثيب (والقديمة والجديدة سواء لإطلاق ما رويتنا) من غير تفرقة بين الجديدة والقديمة . وقال الشافعي : إن كانت الجديدة بكراً يفضلها بسبع ليال وإن كانت ثيباً فيثلاث ، ثم التسوية بعد ذلك لحديث أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « تفضل البكر بسبع والثيب بثلاث » والخاص أن الاختلاف في موضعين : في الفرق بين البكر والثيب ، وفي تفضيل الجديدة على القديمة ، ففي المصنف الأول بقوله ولا فصل فيما رويتنا ، والثاني بقوله لإطلاق ما رويتنا ، وما رواه محمود على التفضيل بالبداية دون الزيادة كما ذكر في حديث أم سلمة أنه عليه الصلاة والسلام قال « إن شئت سمعت لك وسعت لمن » ونحن نقول للزوج أن يتدبّر بالجديدة ولكن

(قال المصنف : ومن عاتقه رضي الله عنها « أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يعدل في القسم بين نسائه » أقول : فيه بحث ، فإن فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يدل على الوجوب ، وقد جرحوا بأن القسم بأن يكن وأنها صلى الله عليه وسلم تكفي يصح الاعتدال بهذا على وجوب القسم ، ونعمة الحديث لا يدل على الوجوب أيضاً ولا يلزم أن تجب التسوية في الوطأت والقبولات لأنها ما بمكة . ويمكن أن يقال : المواظبة للفتور عليها بقوله كان يعدل تدل على الوجوب (قال المصنف : ولا فصل فيما رويتنا) أقول : قال الإجماع : أراد به الحديث المذكورين قبل هذا ، ولكن هذا ذكر أن من صاحب الحناية فلا فائدة لأن عدم الفصل فيما رواه مسلم من قوله لإطلاق ما رويتنا وما كان يحتاج إلى ذكرهما جميعاً . وجوابه لا يخفى ، فإنه استدلال أولاً على المسئلة المذكورة : في التخصيص ثم بين أن الجديدة والقديمة سواء واستدل عليه أيضاً ، وكلامهما على الخلاف بيننا وبين الشافعية ، لكن كان الأول أن يقول لما ذكرنا من أنه لا فصل الخ بقوله لإطلاق ما رويتنا . (٥٥ - فتح البدر حتى ٢)

ولأن القسم من حقوق النكاح ولا تفاوت بينهما في ذلك، والاختيار في مقدار الدور إلى الزوج لأن المستحق هو التسوية دون طريقه، والتسوية المستحقة في البيوتة لا في الجامعة لأنها تبقى على النشاط،

ثلاث ثم يعود إلى أهله، أخرجه الدارقطني عنه. وروى البزار من طريق أيوب السخيتاني عن أبي قلابة عن أنس «أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل للبكر سبعا ولالثيب ثلاثا» وعنه قال: «من السنة إذا تزوج البكر على الثيب أقام عندها سبعا ثم قسم، وإذا تزوج الثيب أقام عندها ثلاثا ثم قسم» رواه الشيخان في الصحيحين. وفي صحيح مسلم عن أم سلمة «لما تزوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم فدخل عليها أقام عندها ثلاثا ثم قال: إنه ليس بك على أهلك هوان، إن شئت سبعت لك وإن سبعت لك سبعت لنفسك» وهذا دليل استثناء الشافعي ما ذكرنا من أنه يسقط حقها ويحتسب عليها بالمدة إن طلبت زيادة على الثلاث ولأنها لم تألف محبته، وقد يحصل لها في أول الأمر فقرة فكان في الزيادة لزلالتها. ولنا ما روي من غير فصل وما تلونا وما ذكر من المعنى وهو قوله: (ولأن القسم من حقوق النكاح ولا تفاوت بينهما في ذلك) فلا تفاوت بينهما في القسم. وأما المعنى الذي علل به فعارض بأن تخصيص القديمة به أولى لأن الوحشة فيها متحققة وفي الجليدة متوهمة، ولذا تلك الفقرة تمكن بأن يقيم عندها السبع ثم يسع للباقيات ولم تنحصر في تخصيصها. وأعلم أن المروى إن لم يكن قطعي الدلالة في التخصيص وجب تقديم الآية، والحديث المطلق لوجوب التسوية وإن كان قطعيًا وجب اعتبار التخصيص بالزيادة فإنه لا يعارض ما رويما وتلونا لأن مقتضاهما العدل، وإذا ثبت التخصيص شرعا كان هو العدل فإنا نراه لم ينحصر في التسوية بل يتحقق مع علمها لعارض وهو رقي إحدى المرتين حتى كان العدل أن يكون لإحدهما يوما وللأخرى يومين، فليكن أيضا بتخصيص الجليدة الدهشة بالإقامة سبعا إن كانت بكرا وثلاثا إن كانت ثيبا لتألف بالإقامة وتطمئن. هذا وكذا لافرق بين الجليدة والقديمة كذلك لافرق بين البكر والثيب والمسلمة والكتانية الحزين والمجنونة التي لا يخاف منها والمرضية والصحيحة والرتقاء والحائض والنفساء والصغيرة التي يمكن طؤها والحرة والمظاهر منها ومقابلتهن، وكذلك يستوى وجوبه على العتق والمجبوب والمريض والصبي الذي دخل بامرأته ومقابلهم. قال مالك: ويدور على الصبي به على نسائه لأن القسم سعى العباد وهم من أهله، وصح «أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما مرض استأذن نسائه أن يمرض في بيت عائشة فأذن له» (قوله والاختيار في مقدار الدور إلى الزوج لأن المستحق هو التسوية دون طريقه) إن شاء يوما يوما وإن شاء يومين يومين أو ثلاثا ثلاثا أو أربعيا أربعيا. وأعلم أن هذا الإطلاق لا يمكن اختياره على صرافته، فإنه لو أراد أن يبورصة سنة ما يظن إطلاق ذلك له، بل ينبغي أن لا يطلق له مقدار مدة الإبلاء وهو أربعة أشهر، وإذا كان وجوبه للتأسيس ودفع الوحشة وجب أن تعتبر المدة القريبة، وأظن أكثر من جمعة مضارة إلا أن رضيا به والله أعلم (قوله والتسوية المستحقة في البيوتة لا في الجامعة لأنها تبقى على النشاط)

بشرط أن يسوى بينهما (ولأن القسم من حقوق النكاح) كالنفقة، ولا تفاوت في ذلك بين البكر والثيب والجليدة والقديمة، كما لا تفاوت بين المسلمة والكتانية والبالغة والمراهقة والمجنونة والعاقلة والمرضية والصحيحة للمساواة بينهما في سبب هذا الحق وهو الحل الثابت بالنكاح، وكذلك في طرف الرجل المجبوب والخصي والعتق والغلام الذي لم يحلم إذا دخل بامرأته يجب عليهم القسم. وقوله (والاختيار في مقدار الدور إلى الزوج) ظاهر.

(قال المصنف: لأن المستحق هو التسوية دون طريقه) أقول: ذكر المفسر الرجاء إلى التسوية لكونها مصدرا أو كونها بمعنى العدل أو باعتبار كونها المستحق.

(وإن كانت أحدهما حرة والأخرى أمة فلهجرة الثلث من القسم وللأمة الثلث) بذلك ورد الأثر، ولأن حل الأمة أنقص من حل الحرة فلا بد من إظهار نقصان في الحقوق. والمكاتب والمذبة وأم الولد بمنزلة الأمة لأن الرق فيهن قائم. قال (ولاحق لمن في القسم حالة السفر فيسافر الزوج بمن شاء منهن، والأولى أن يقرع بينهما فيسافر بمن خرجت قرعها) وقال الشافعي: القرعة مستحقة، لما روى

ولا خلاف فيه. قال بعض أهل العلم: إن تركه لعدم الداعية والانتشار فهو عذر، وإن تركه مع الداعية إليه لكن داعيته إلى الضرر أقوى فهو مما يخل تحت قدرته، فإن أدى الواجب منه عليه لم يبق لها حق ولم يلزمه التسوية. وأعلم أن ترك جماعها مطلقا لا يخل له، صرح أصحابنا بأن جماعها أحيانا واجب ديانة لكنه لا يخل تحت القضاء والإلزام إلا الوطء الأول، ولم يقدروا فيه مدة، ويجب أن لا يبلغ في مدة الإيلاء إلا برضاها وطيب نفسها به. وهذا والمستحب أن يسوي بينهما في جميع الاستمتاع من الوطء والقبلة، وكلنا بين الجوارى وأمهات الأولاد ليحصن عن الاشتباه والزنا والميل إلى الفاحشة، ولا يجب شيء لأنه تعالى قال: «فإن خفتم أن لا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم» فأفاد أن العدل بينهما ليس واجبا. هذا فلما إذا لم يكن له إلا امرأة واحدة فتشغل عنها بالعبادة أو السراى اختار الطحاوى رواية الحسن عن أبي حنيفة أن لها يوما وليلة من كل أربع ليال وباقها له لأن له أن يسقط حقها في الثلاث بزواج ثلاث حرائر، فإن كانت الزوجة أمة فلها يوم وليلة في كل سبع، وظاهر المذهب أن لا يتعين مقدار لأن القسم معنى نسبي وإيجابه طلب لإيمانه وهو يتوقف على وجود المشتبهين فلا يطلب قبل تصوره بل يؤمر أن يبيت معها ويصحبها أحيانا من غير توقيت، والذي يقتضيه الحديث أن التسوية في المكث أيضا بعد البيوتة، في السنن عن عائشة رضى الله عنها قالت «كان النبي صلى الله عليه وسلم لا يفضل بعضا على بعض في القسم في مكثه عندنا، وكان قل يوم إلا وهو يطوف علينا جميعا فيدنو من كل امرأة منا من غير مسيس حتى يبلغ إلى التي هو في يومها فيبيت عندها» وعلم من هذا أن التوبة لا تمنع أن يلعب إلى الأخرى لينظر في حاجتها ويعد أمورها. وفي صحيح مسلم وأئمن كن يجتمعن في بيت الهى يأتها، والذي يظهر أن هذا جائز برضا صاحبة التوبة إذ قد تنضيق لذلك وتنحصر له. ولو ترك القسم بأن أقام عند إحداهن شهرا مثلا أمره القاضي بأن يستأنف العدل لا بالقضاء، فإن جار بعد ذلك أوجه عقوبة، وكذا قالوا. والذي يقتضيه النظر أن يؤمر بالقضاء إذا طلبت لأنه حتى أدى وله قدرة على إيفائه (قوله وإن كانت إحدهما حرة والأخرى أمة فلهجرة الثلث من القسم وللأمة الثلث بذلك ورد الأثر) قضى به أبو بكر وعلي رضى الله عنهما، والقضاء عن علي احتج الإمام أحمد، وتضعيف ابن حزم لإياه بالتهال بن عمرو وبابن أبي ليلى ليس بشيء لأئهما ثبوتان حافظان، وإذا كانت الأمة مذبة رجل أو مكاتبته أو أم ولد له فهي كالأمة لقيام الرق فيهن (قوله ولاحق لمن في القسم حالة السفر فيسافر الزوج بمن شاء منهن، والأولى أن يقرع بينهما فيسافر بمن خرجت قرعها. وقال الشافعي: القرعة مستحقة

وقوله (بذلك ورد الأثر) يعنى ما روى عن علي أنه قال: للحررة ثلثان من القسم وللأمة الثلث، ولم يرو عن أحد خلافة فحل محل الإجماع. وقوله (ولأن حل الأمة أنقص من حل الحرة) يدل عليه أنه لا يخل نكاحها مع الحرة ولا بعدها وإنما يخل قبلها وموضع أصول الفقه (فلا بد من إظهار نقصان في الحقوق) لأن الحكم يثبت بقدر دليله (والمكاتب والمذبة وأم الولد بمنزلة الأمة لأن الرق فيهن قائم) فيكون لمن الثلث من القسم كالأمة. وقوله (ولاحق لمن في القسم حالة السفر) هذا الكلام يشتمل على ثلاث مسائل: لإحداها أن القرعة مستحقة عندنا وعند الشافعي

وأن النبي عليه الصلاة والسلام كان إذا أراد سفر أفرع بين نسائه إلا أنا نقول: إن القرعة لتطيب قلوبهن فيكون من باب الاستحباب ، وهذا لأنه لاحق للمرأة عند مسافرة الزوج ، ألا يرى أن له أن لا يستصحب واحدة منهن فكلها أن لا يسافر بواحدة منهن ولا يحسب عليه بتلك المدة (وإن رضيت إحدى الزوجات بترك قسمها لصاحبها جاز) لأن سودة بنت زمعة رضى الله عنها

لما روى الجماعة من حديث عائشة (كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا أراد سفرا أفرع بين نسائه) فنخرج مبهما خرج بها معه ، مختصرا ومطولا بحديث الإفاك . قلنا ذلك كان استحبابا لتطيب قلوبهن ، وهذا لأن مطلق الفعل لا يقتضى الوجوب فكيف وهو مخوف بما يدل على الاستحباب ، وذلك أنه لم يكن القسم واجبا عليه صلى الله عليه وسلم قال تعالى - ترجى من تشاء منهن وتؤوى إليك من تشاء - ومن أربأ سودة وجوزية وأم حنيفة وصفية وميمونة ، ذكره الحافظ عبد العظيم المنبرى ، ومن أوى عائشة والباقيات رضى الله عنهن ولأنه قد يشق بإحداها في السفر وبالأخرى في الحضر والقرار في المنزل لفظ الأمتعة أو لخوف الفتنة ، أو يمنع من سفر إحداها كثرة منها فتعين من يخاف محبتها في السفر للسفر بخروج قوعها لإلزام للضرر الشديد وهو مندفع بالتأني للخرج . وأما قول المصنف : ألا يرى أن له أن لا يستصحب واحدة منهن فكلها له أن يسافر بواحدة منهن فظاهر فيه منع الملازمة ، إذ لا يلزم من أن له أن لا يسافر بأحد أن يكون له أن يختص واحدة بالسفر بها لأن في ترك السفر بالكل تسوية ، بخلاف تخصيص إحداهن ، وهذا لأن اللازم التسوية وهو أنه إذا بات عند واحدة ليلة يبيت عند الأخرى كذلك لأعل معنى وجوب أن يبيت عند كل واحدة منها دائما ، فإنه لو ترك المبيت عند الكل بعض الليالي وانفرد لم يمنع من ذلك . (قوله وإن رضيت إحدى الزوجات بترك قسمها لصاحبها جاز) هذا إذا لم يكن برشوة من الزوج بأن زادها في مهرها لفعل أو تزوجها بشرط أن يزوجه أخرى فيقيم عندها يومين وعند مخاطبة يوما فإن الشرط باطل ، ولا يحمل لما المال في الصورة الأولى فله أن يرجع فيه ، وأما إذا دفعت إليه أو حطت عنه مالا ليزيدها فظاهر أنه لا يلزم ولا يحمل لهما ولما أن ترجع في مالها (قوله لأن سودة بنت زمعة) يقتضين (سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يراجعها الخ) هذا يقتضى أنه طلقها . قال محمد : بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لسودة بنت زمعة اعتدى ، فسألته بوجه الله أن يراجعها وتعمل يومها لعائشة لأن تحضر يوم القيلة مع أزواجه ، والذي ورد في الصحيحين لا يفرض له ، بل إنها جعلت يومها لعائشة رضى

مستحقة ، والثانية أنه إذا سافر بواحدة من غير قرعة ثم رجع هل للباقيات أن يحسبن تلك المدة أو لا ؟ عندنا ليس لمن ذلك خلافا له ، وهذه بناء على الأولى لأن الإقراع إذا كان مستحقا ولم يفعله كانت مدة سفره نوبة التي كانت معه فينبغي أن يكون عند الأخرى مثل ذلك ليتحقق العدل ، ولكننا نقول وجوب التسوية في وقت

(قوله وهذه بناء على الأولى) نقول : فيه بحث ، فإنهم صرحوا أنه لو أقام عند واحدة منهن شهرا في الحضر وزافته الأخرى لم يؤمر بقضاء ما مضى ، وإنما يؤمر أن يسرى بينهما في المستقبل فكيف يصح قوله وهذه بناء وقوله ولكننا نقول الخ فليعلم (قال المصنف : فكلما له أن يسافر بواحدة منهن) أقول : في حصة التفريع كلام (قال المصنف : لأن سودة بنت زمعة رضى الله عنها سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يراجعها وتعمل يوم نوبتها لعائشة رضى الله عنها) أقول : قد صرحوا أن القسم لم يكن واجبا عليه صلى الله عليه وسلم ، فلا يصح قياس الواجب على غير الواجب فليعلم يجوز أن يكون جعلها ليه لعائشة رضى الله عنها لعدم وجوب القسم .

سألت رسول الله عليه الصلاة والسلام أن يراجعها ويحفل يوم نوبتها لعائشة رضي الله عنها ، (ولها أن ترجع في ذلك) لأنها أسقطت حقاً لم يجب بعد فلا يسقط ، والله أعلم .

الله عنها ، والذي في المستترك يفيد علمه ، وهو عن عائشة قالت : « قالت سودة حين أسنت وفرت أن يفارقها رسول الله صلى الله عليه وسلم : يارسول الله يوى لعائشة ، فقبل ذلك منها » قالت عائشة رضي الله عنها : قضيا وفي أشباهها أنزل الله تعالى - وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو إعراضاً فلا جناح - الآية وقال صحيح الإسناد ، ويوافق ما في الكتاب مارواه البيهقي عن عروة : « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم طلق سودة ، فلما خرج إلى الصلاة أمسكت بثوبه فقالت : والله مالي إلى الرجال من حاجة ، ولكني أريد أن أحشر في أزواجك ، قال : فراجعها وجعل يومها لعائشة » اهـ . وهو مرسل . ويمكن الجمع بأنه صلى الله عليه وسلم كان طلقها طلاقاً رجعية فإن الفرقة فيها لا تقع بمجرد الطلاق بل بانقضاء العدة ، فعنى قول عائشة رضي الله عنها : فرت أن يفارقها رسول الله صلى الله عليه وسلم : خافت أن يستمر الحال إلى انقضاء العدة فتقع الفرقة فيفارقها ، ولا ينافيه بلاغ محمد ابن الحسن فإنه إنما ذكر في الكتابيات اعتدتي ، والواقع بهذه الرجعي لا البائن . وفرع بعض الفقهاء أنها إذا وهبت يومها له فله أن يجعله لمن شاء من نسائه ، وإذا جعلته لغيرها لم يجوز له أن يجعله لغيرها لأن الليلة حقها فإذا صرفته لواحدة ثمين . وفروا إذا كانت ليلة الواهية تلي ليلة الموهوبة قسم لها ليلتين متواليتين ، وإن كانت لا تليها فهل له نقلها فيوالي لها ليلتين على قولين للشافعية والحنابلة . والأظهر عندي أن ليس له ذلك إلا برضا التي تليها في التوبة لأنها قد تنصّر بذلك (قوله ولها أن ترجع) قال بعض علماء الحنابلة : ليس لها المطالبة به فإنه خرج مخرج المعاوضة : يعني عن الطلاق ، وقد مباه الله تعالى صلحاً : يعني قوله تعالى - فلا جناح عليهما أن يتصالحا بينهما صلحاً - فيلزّم كما يلزّم ماصولح عليه من الحقوق ، ولو مكنت من طلب حقها بعد ذلك كان فيه تأخير الضرر إلى أكل حلتائه ولم يكن صلحاً بل من أقرب أسباب المعادة والشرعية منزعة عن ذلك اهـ . وهو إنما يفيد عدم المطالبة بما مضى فيه وبه قول ، إذ يستلزم عدم حصول المقصود من شرعية ذلك الاصطلاح عند الإعراض . أما فيما بعده فلا لأنه لم يجب فكيف يسقط ؟ فإن قيل : يلزم ثبوت الضرر والمعادة ، قلنا : لم يحرم عليه طريق الخلاص وقد كان يريد طلاقها لولا ما صالحته عليه ، فإذا ألفت ما خففت به المكروه عنها فله أن يفعل ما كان يريد فله ويحصل الخلاص ، والله سبحانه أعلم .

[فروع تختم بها كتاب النكاح] لا يجوز أن يجمع بين الضرائر إلا بالرضا ، ويكره وطء إحداها بحضرة الأخرى فلها أن لا تنجيه إذا طلب ، وله أن يمنحها من أكل ما يتأذى من رائحته ومن الفزل ، وعلى هذا أن يمنحها من التزين بما يتأذى برائحته كأن يتأذى برائحة الحناء الخضر ونحوه ، وله ضربها بترك الزينة إذا كان يريد بها وترك الإجابة وهي طاهرة والصلاة وشروطها ، إلا أن تكون ذمية فليس له جبرها على غسل الجنابة والحض والغسل عندنا ، ويضربها على الخروج من منزله بلا إذن إلا إن احتاجت إلى الاستفتاء في حادثة ولم يرض الزوج أن يستفتي

استخفاف القمم عليه وفي حالة السفر ليس بمستحق فلا تجب التسوية فلا تكون تلك المدة محسوبة من نوبتها ، والثالثة أن بعضهن إن رضيت بترك قسمها لصاحبها جاز ، وإن رجعت في ذلك فكلتلك وكلامه واضح . وقوله (لأنها أسقطت حقاً لم يجب بعد فلا يسقط) توضيحه أن الإسقاط إنما يكون في القائم لأن ما ليس كذلك كان الرجوع عنه امتناعاً لا إسقاطاً فكان بمنزلة العارية ، وللمعير أن يرجع متى شاء لما قلنا فكذلك هذا . والله تعالى أعلم .

كتاب الرضاع

قال (قليل الرضاع وكثيره سواء إذا حصل في مدة الرضاع تعلق به التحريم) وقال الشافعي رحمه الله : لا يثبت

لها وهو غير عالم ، وما لم تقع حاجة إلى الاستفتاء له أن يمنعها عن الخروج إلى مجلس العلم ، وإلا أن يكون أبوها زمنا وليس له من يقوم عليه مؤمنا كان أو كافرا فإن عليها أن تعصى الزوج في المنع . ولو كان له أم شابة تخرج إلى الوليمة والمصيبة أو لغيرهما لا يمنعها ابنها ما لم يتحقق أن خروجها للفساد فيحتفظ برفع الأمر إلى القاضي . فإن أذن له بالمنع منعها لقيامه مقامه ، والله أعلم .

كتاب الرضاع

لما كان المقصود من النكاح الولد وهو لا يعيش غالبا في ابتلاء نشأته إلا بالرضاع وكان له أحكام تتعاقب به وهي من آثار النكاح المتأخرة عنه بمدة وجب تأخيرها إلى آخر أحكامه . قيل : وكان ينبغي أن يذكره في المحرمات لكنه أفرده بكتاب على حدة لاختصاصه بمسائل كشادة النساء وخطب البن ونحوه . والحق أنه ذكر في الظلمات ما يتعلق بالحريم به ، وإنما ذكر هنا التفاصيل الكثيرة . والرضاع والرضاعة بكسر الراء فيهما وفتحها أربع لغات والرضع الخامسة ، وأنكر الأصبهي الكسر مع الهاء ، وفعله في التصحيح من حد علم يعلم ، وأهل نجد قالوا من باب ضرب وعليه قول السلولي يتم علماء زمانه : . ودعوا لنا الدنيا وهم يرضعونها . ثم قيل : كتاب الرضاع ليس من تصنيف محمد رحمه الله إنما ألفه بعض أصحابه ونسبه إليه ليروجه ولذا لم يذكره المحاكم الشيعية أبو الفضل في مختصره المسمى بالكافي مع التزامه بإيراد كلام محمد رحمه الله في جميع كتبه علوفا للتحاليل . وعامتهم على أنه من أوائل مصنفاته ، وإنما لم يذكره المحاكم اكتماء بما أوردته من ذلك في كتاب النكاح . وهو في اللغة : مص اللبن من الثدي ، ومنه قولهم لثم رضيع : أي يرضع عنده ولا يحلبها بخافة أن يسمع صوت حليه فيطلب منه اللبن . وفي الشرع : مص الرضيع اللبن من ثدي الأممية في وقت مخصوص : أي مدة الرضاع المختلف في تقديرها (قوله قليل الرضاع وكثيره سواء إذا تحقق في مدة الرضاع تعلق به التحريم) وبه قال مالك ، أما لو شك فيه بأن

كتاب الرضاع

لم يذكر عامة مسائل الرضاع في فصل المحرمات وأتى بكتاب له على حدة لما أن له أحكاما جمعة مخصوصة به لا يشاركه فيها غيره . وسبب الحرمة بالرضاع الجزئية بنشور العظم وإنبات اللحم كالجزية بالإعلاق في حرمة المصاهرة ، وكان الإعلاق أمر خفي وله سبب ظاهر أقم مقامه وهو الوطء كذلك نشور العظم وإنبات اللحم أمر خفي وله سبب ظاهر وهو الإرضاع فأقيم مقامه ، والرضاع يفتح الراء وهو الأصل ، وبكسرهما وهو لغة فيه مص اللبن من الثدي . وفي الشريعة عبارة عن مص شخص مخصوص ، وهو أن يكون صبيا رضيعا من ثدي مخصوص وهو ثدي الأممية في وقت مخصوص على ما نذكر بعد (وقليل الرضاع وكثيره إذا حصل في مدة الرضاع تعلق به التحريم) عندنا . وقال الشافعي : لا يثبت الرضاع إلا بخمس رضعات يكتفي الصبي بكل واحدة منها .

كتاب الرضاع

(قوله وسبب الحرمة بالرضاع الجزئية الخ) يقول : ينشأ الجزئية .

التحريم إلا بخمس رضعات ، لقوله عليه الصلاة والسلام : « لا تحرم المصاة ولا المصتان ولا الإملجة ولا الإملجان » :

أدخلت الحلمة في فم الصغير وشكت في الارتضاع لا تثبت الحرمة بالشك ، وهو كما لو علم أن صبية أرضعتها امرأة من قرية ولا يدري من هي فترجها رجل من أهل تلك القرية صح لأنه لم يتحقق المانع من خصوصية امرأة ، والواجب على النساء أن لا يرضعن كل صبي من غير ضرورة ، وإذا أرضعن فليحفظن ذلك ويشهرنه ويكتبته احتياطاً . وقال الشافعي رحمه الله : لا يثبت التحريم إلا بخمس رضعات مشبعات في خمسة أوقات متفصلة عرفاً : وعن أحمد رحمه الله روايتان كقولنا وكقولاه لقوله صلى الله عليه وسلم « لا تحرم المصاة والمصتان » الحديثين رواه مسلم في حديثين صدره حديث عائشة رضي الله عنها أنه صلى الله عليه وسلم قال « لا تحرم المصاة والمصتان » وآخره عن أم الفضل بنت الحرث قالت « دخل أعرابي على رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو في بيتي فقال : يا رسول الله إني كنت لي امرأة فزوجت عليها أخرى ، فرجعت امرأتى الأولى أنها أرضعت الحليث رضة أو رضعتين ، فقال صلى الله عليه وسلم : لا تحرم الإملجة والإملجان » وأخرج ابن حبان في صحيحه حديثاً واحداً عن عبد الله بن الزبير عن أبيه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا تحرم المصاة والمصتان ولا الإملجة والإملجان » فقول شارح في قوله ولا الإملجة والإملجان إنه لم يثبت في كتب الحديث ليس بصحيح . والإملجة : الإرضاعة ، والتاء للوحدة ، والإملاج : الإرضاع ، وأمليجته أرضعته ، وملج هو أمه : رضعها ، وهذا الحديث لا يصلح لإثبات مذهبه : وقيل يمكن أن يثبت به مذهبه بطريق هو أن المصاة داخلية في المصتين فعاصله لا تحرم المصتان ولا الإملجان ، فنفى التحريم عن أربع فلم يثبت بخمس وهذا ليس بشيء . أما أولاً فلأن مذهبه ليس التحريم بخمس مصبات بل بخمس مشبعات في أوقات ، وأما ثانياً فلأن المصاة غير الإملجة ، فإن المصاة فعل الرضيع ، والإملجة الإرضاعة فعل المرضعة . فحاصل المعنى أنه صلى الله عليه وسلم نفى كون القملين حرمين منه ومنها ، وعلى هذا لتحقيق أنه لا يتأتى حديثاً واحداً لأن الإملاج ليس حقيقة المحرم بل لازمه من الارتضاع ، فنفى تحريم الإملاج نفى تحريم لازمه ، فليس الحاصل من « لا تحرم الإملجان » إلا لا تحرم لأزمهما : أعني المصتين فلو جمعا في حديث واحد كان الحاصل لا تحرم المصتان فلم يأن لا يصح أن يراد إلا المصتان لا الأربع . فإن قلت : فقد ذكرت أنفاً حديثاً واحداً في صحيح ابن حبان من رواية ابن الزبير عن أبيه رضي الله عنه . قلت : يجب كون الراوي وهو الزبير أراد أن يجمع بين ألفاظه صلى الله عليه وسلم التي سمعها منه في وقتين كأنه قال : قال صلى الله عليه وسلم « لا تحرم المصاة ولا المصتان » وقال أيضاً « لا تحرم الإملجة ولا الإملجان » وقيل بطريق آخر وهو أنه نافى لمذهبه فيثبت به مذهبه لعدم القائل بالفصل وليس كذلك فإنه قال بالفصل أبو ثور وابن المنذر ودود وأبو عبيد وهو لا أئمة الحديث ، قالوا : الحريم ثلاث رضعات ، اللهم إلا أن لا يعتبر قولهم ، وفيه نظر لقوة وجهه بالنسبة إلى وجه قول الشافعي رحمه الله وذلك أن الذي أثبت به مذهبه ما في مسلم عن عائشة رضي الله عنها قالت :

لقوله عليه الصلاة والسلام « لا تحرم المصاة ولا المصتان ولا الإملجة ولا الإملجان » والمصاة فعل الرضيع والإملجة فعل المرضع وهو الإرضاع . ووجه الاستدلال به أنه يدل على أن القليل منه غير محرم ، وأما أن يكون منحصرًا في خمس مشبعات فليس له دلالة على ذلك لكن لما اتفق به مذهب خصمه ثبت مذهبه لعدم القائل

قال المصنف (لقوله صلى الله عليه وسلم لا تحرم المصاة ولا المصتان ولا الإملجة) الحديث) قول : الإملجة : الإرضاعة ، والتاء للوحدة

« كان فيها نزل من القرن عشر رضعات معلومات يحرم ، ثم نسخن بخمس رضعات معلومات يحرم ، فتوفي النبي صلى الله عليه وسلم وهن فيها يقرأ من القرآن . قالوا وهذا يدل على قرب النسخ حتى إن من لم يبلغه كان يقرأها وهو لا يستقيم إلا على إرادة نسخ الكل ولا لزم ضياع بعض القرآن الذي لم ينسخ وعلمه كما عن الروافض ، وإلا لوجب أن يتلى خمس رضعات الخ ، فدار الأمر بين الحكم بنسخ الكل لعدم التلاوة الآن فينبغي أن يوقف ثبوت الحرمة على خمس رضعات وعلمه فيثبت قول الروافض ذهب كثير من القرآن بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم لم تنبه الصحابة رضي الله عنهم ، وإذا بطل التحكم به وإن كان إسناده صحيحا لانقطاعه باطنا وثبت نفي تحريم اللصبة والمصتان والرضاع محرم وجب التحريم بالثلاث . وما روى عنها أنه كان في صحيفة تحت سريري فلما مات صلى الله عليه وسلم تشاغلنا بموته فلدخلت دواجن فأكلتها لا يثبت ذلك النسخ ؛ يعني كان مكتوبا ولم يفسد بعد القرب حتى دخلت الدواجن ، وإلا فالقرآن لا يجوز الزيادة فيه ولا النقص بعده صلى الله عليه وسلم ، قال تعالى - إنا نحن نزلنا الذكر وإننا له لحافظون - وما قيل ليكن نسخ الكل ويكون النسخ التلاوة مع بقاء الحكم وإن هذا مما لا جواب عنه فليس بشيء ، لأن ادعاء بقاء حكم الدال بعد نسخه يحتاج إلى دليل ، وإلا فالأصل أن نسخ الدال يرفع حكمه ، وأما ما نظر به من « الشيخ والشيخة إذا زنيا فارجموهما » فلو لم أعلم بالنسخ والإجماع لم يثبت به وإذا احتاج إلى ثبوت كون المحرم الخمس ولم يكن هذا الحديث مثبتا له فالدليل عليه مستأنف ، وما ذكر له أولا قد سمعت ما فيه فحينئذ تمسكهم في الثلاث أظهر من متمسكه في الخمس ونحن إلى جوابه أحوج فكيف لا يعتبر ؟ ثم أحسن الأدلة له حديث عائشة رضي الله عنها في مسلم وغيره قالت « جاءت سبله بنت سليل امرأة أبي حنيفة إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت : يا رسول الله إني أرى في وجه أبي حنيفة من دخول سالم وهو حليفه ، فقال صلى الله عليه وسلم : أَرْضِي سَالِمًا خَسًا تَحْرِي بِهَا عَلَيْهِ » إلا أن مسلما لم يذكر عددا ، وكذا السنن المشهورة ، بل نقل في مسند الشافعي رحمه الله مخالفا لما على ما فيه . والجواب أن التقدير مطلقا منسوخ صريح بنسخه ابن عباس رضي الله عنهما حين قيل له : إن الناس يقولون إن الرضعة لا تحرم ، فقال : كان ذلك ثم نسخ . وعن ابن مسعود رضي الله عنه قال : آل أمر الرضاع إلى أن قليله وكثيره يحرم . وروى عن ابن عمر أن القليل يحرم ، وعنه أنه قيل له : إن ابن الزبير رضي الله عنه يقول : لا بأس بالرضعة والرضعتين ؛ فقال : قضاء الله خير من قضاء ابن الزبير ، قال تعالى : وَأَمَهَاكُمُ اللَّائِي أُرْضِعْنَكُمْ وَأَخَوَاتِكُمْ مِنَ الرُّضَاعَةِ - فهذا إما أن يكون رد الرواية لنسخها أو لعدم صحتها أو لعدم إجازة تفسيده إطلاق الكتاب بخبر الواحد فإنه تعالى علق التحريم بفعل الرضاعة من غير فصل ، وهذا ما قال المصنف رحمه الله ، وما رواه مردود بالكتاب أو منسوخ به ، ثم الذي يحرم

بالفصل ، وفيه نظر لأن من أصحاب الظواهر من يقول بثلاث رضعات مشبهات ، ولو تمسك بحديث عائشة وكان فيها أنزل عشر رضعات معلومات يحرم فنسخن بخمس رضعات معلومات يحرم ، وكان ذلك مما يتلى بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، كان أدل على المطلوب ، لكن قولها مما يتلى بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم يضعفه لأنه لا نسخ بعده ، ولنا قوله تعالى : وَأَمَهَاكُمُ اللَّائِي أُرْضِعْنَكُمْ - وقوله عليه الصلاة والسلام « يحرم من الرضاع ما يحرم

(قوله لكن قولها مما يتلى بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم يضعفه لأنه لا نسخ بعده) أقول : قال الرافعي في شرح الوجيز : وحل ذلك حل قراءة حكمها انتهى ، يعني قولها وكان ذلك مما يتلى بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم يحول حل قراءة الحكم ، وبه يتضح ما ذكره الشارح .

ولنا قوله تعالى - وأما أنكم اللاتي أَرْضَعْتُمْ - الآية ، وقوله عليه الصلاة والسلام « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » من غير فصل ، ولأن الحرمة وإن كانت لشبهة البضية الثابتة بنشور العظم وإنبات اللحم لكنه أمر مبطن فتعلق الحكم بفعل الإرضاع ، وما رواه مردود بالكتاب أو منسوخ به ، وينبغي أن يكون في مدة الرضاع لما نبين (ثم مدة الرضاع ثلاثون شهرا عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقال سنان) وهو قول الشافعي رحمه الله .

به في حديث سهلة أنه صلى الله عليه وسلم لم يرد أن يشنع سالما خمس شيعات في خمسة أوقات متفاضلات جالما لأن الرجل لا يشنع بمن اللبن رطل ولا رطلان فأين نجد الأدمية في ثديها قدر ما يشبهه ؟ هذا محال عادة ، فالظاهر أن معلود خمساً فيه المصائب ، ثم كيف جاز أن يباشر عورتها بشفتيه فقل المراد أن تحلب له شيئا مقداره خمس مصابت فيشربه ولا فهو مشكل . هذا وهو منسوخ من وجه آخر أيضا كما سيأتي بيانه والله أعلم (قوله ولنا قوله تعالى - وأما أنكم اللاتي أَرْضَعْتُمْ -) تقدم في استدلال ابن عمر رضي الله عنهما ، وأما قوله صلى الله عليه وسلم « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » فتحدث في الصحيحين مشهور (قوله ولأن الحرمة وإن كانت لشبهة البضية) جواب سؤال هو أن الحرمة بالرضاع لا اختلاط البضية بسبب النشوء الكائن عنه وذلك لا يتحقق بأذى شيء . أجب أن ذلك حكمة لأخصي والأحكام لا تتعلق بها لخفاها بل بالظاهر المنضبط وهو فعل الإرضاع ، فلو قال : الظاهر لا بد من كونه مظنة للحكمة ومطلقة ليس مظنة للنشوء فلا يتعلق التحريم به ، قلنا : ولا يتوقف النشوء على خمس مشيعات بل واحدة تقيده ، فالتعلق بخمس زيادة تستلزم تأخير الحرمة عن وقت تعلقها . والحق أن الرضاع وإن قل يحصل به نشوء بقدره فكان الرضاع مطلقا مظنة بالنسبة إلى الصغير . وقولنا قول جمهور الصحابة منهم علي وابن مسعود ، وأسند الرواية عنهما به النسائي وابن عباس رضي الله عنهما وجمهور التابعين ، هذا والأولى أن يقال للبضية لأن الحرمة لشبهة البضية وإقامة السبب مقام المسبب إنما هي حرمة المصاهرة ، أما في الرضاع فحقيقة الجزئية باللبن هي الحرمة ، لكن لما كان التحريم يثبت بمجرد حصول اللبن في الجوف قبل استحالة كان المحرم شبهها : أي ما يؤول إلى الجزئية . وينبغي أن يكون الرضاع الموجب للتحريم في مدة الرضاع على ما نبين في المسئلة التي تليها وهي قوله (ثم مدة الرضاع) التي إذا وقع الرضاع فيها تعلق به التحريم (ثلاثون شهرا عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقال سنان) وهو قول الشافعي ومالك وأحمد ، وقال زهير : ثلاثة أشهر ، وعن مالك رحمه الله سنان وشهر ، وفي أخرى شهران ، وفي أخرى ما دام محتاجا إلى اللبن غير مستغن عنه . وقال بعضهم : لأجله للإطلاقات فيوجب التحريم ولو في حال الكبر ، وعن بعضهم إلى خمس عشرة سنة ، وقال

من النسب » من غير فصل : يعني في الكتاب والسنة ، والزيادة على الكتاب بخبر الواحد لا يجوز على ما مر (قوله ولأن الحرمة وإن كانت لشبهة البضية) دليل مقول يتضمن جواب : سؤال مقدر لتقريره : بتحريم الرضاع باعتبار إنشاز العظم وإنبات اللحم وليس ذلك في القليل . وتقرير الجواب الحرمة وإن كانت لشبهة البضية الثابتة بنشور العظم وإنبات اللحم لكنه أمر مبطن فتعلق الحكم بفعل الإرضاع . وقوله (وما رواه) جواب عن استدلال الخصم بأن ما رويتم إما مردود بالكتاب لأن الفعل به أقوى على تقدير أن يكون الكتاب قبله أو منسوخ إن كان بعده . والإشعار بالراء : الإحياء ، وفي التنزيل - ثم إذا شاء أنشره - ومنه ولا رضاع إلا ما أنشز العظم وأنبت اللحم ، أي قواه وشده كأنه أحياء ، ويروى بالزاي كذا في المغرب . قوله (وينبغي أن يكون في مدة الرضاع) ظاهر .

وقال زفر: ثلاثة أحوال. لأن الحول حسن للتحول من حال إلى حال، ولابد من الزيادة على الحولين لما تبين فيقدر به. ولهما قوله تعالى - وحله وفصاله ثلاثون شهرا - ومدة الحمل أذناها ستة أشهر فيق للفصل حولان. وقال النبي عليه الصلاة والسلام: لا رضاع بعد حولين، وله هذه الآية. ووجهه أنه تعالى ذكر شيئين وضرب لهما مدة فكانت لكل واحد منهما بكاملها كالأجل المضروب للدينين، إلا أنه قام المنقص في أحدهما فيق في الثاني على ظاهره، ولأنه لابد من تغير الغذاء لينقطع الإنبات باللبن وذلك بزيادة مدة يتعد الصبي فيها غيره فقدرت بأدنى مدة الحمل لهما مشيرة، فإن غذاء الجنين يتغير غذاء الرضيع كما يتغير غذاء القطم - والحديث عمول على مدة الاستحقاق.

آخرون إلى أربعين سنة، ولا عيرة بهلين القولين (قوله لأن الحول حسن الخ) هذا وجه قول زفر رحمه الله. وحاصله أنه لابد من مدة يتعد فيها الصبي غير اللبن لينقطع الإنبات باللبن وذلك بزيادة مدة يتعد فيها الصبي تغير الغذاء والحول حسن للتحول من حال إلى حال لاشتهاله على القصول الأربعة فقدر بالثلاثة وهذا هو المراد بقوله لما تبين: أي في دليل أبي حنيفة رحمه الله. ولهما قوله تعالى - وحله وفصاله ثلاثون شهرا - ومدة الحمل أذناها ستة أشهر فيق للفصل حولان. وقال صلى الله عليه وسلم: «لا رضاع بعد حولين» رواه الدارقطني عن ابن عباس يرضه هكذا ولا رضاع إلا ما كان من حولين». وظاهر أن المراد نفي الأحكام وقال: لم يستند عن ابن عينة إلا الميثم بن عجل وهو ثقة حافظ اه. وكذا وثقه أحمد رحمه الله والعجلي وابن حبان وغير واحد، وروى موقوفا على ابن عباس رضي الله عنهما بلا ريب، وأخرجه ابن أبي شيبة موقوفا على ابن مسعود وعلى الدارقطني على عمر. وأظهر الأدلة لما قوله تعالى - والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة - فجعل التمام بهما ولا مزيد على التمام. ولأبي حنيفة رحمه الله هذه الآية. ووجهه أنه سبحانه ذكر شيئين وضرب لهما مدة فكانت لكل واحد منهما بكاملها كالأجل المضروب للدينين على شخصين بأن قال أجلت الدين الذي لي

وقوله (لأن الحول حسن للتحول من حال إلى حال) باعتبار حولان الحول الموجب لتغير الطبع، ولابد من الزيادة على الحولين لما تبين: يعني في وجه قول أبي حنيفة: فقدر، أي الزيادة به: أي بالحول. ولهما قوله تعالى - وحله وفصاله ثلاثون شهرا - وجه الاستدلال ما ذكره أنه جعل مدة الحمل والفصل ثلاثين شهرا، ومدة الحمل أذناها ستة أشهر فيق للفصل حولان. وقوله (عليه الصلاة والسلام) «لا رضاع بعد حولين» ولأبي حنيفة رحمه الله هذه الآية، يعني قوله تعالى - وحله وفصاله ثلاثون شهرا - (ووجهه ما ذكره أن الله تعالى ذكر شيئين) يعني الحمل والفصل (وضرب لهما مدة) وهو قوله تعالى - ثلاثون شهرا - وكل ما كان كذلك كانت المدة لكل واحد منهما بكاملها كما في الأجل المضروب للدينين مثل أن يقول لفلان على ألف درهم وخمسة أفنزة حنطة إلى شهرين يكون الشهران أجلا لكل واحد من الدينين بكامله إلا أنه قام المنقص في أحدهما: يعني الحمل وهو حديث عائشة - «الولد لا يبيق في بطن أمه أكثر من ستين ولو بقلعة منزل». فإن قلت: هذا المنقص على تقدير كونه حديثا يلزم به تغيير الكتاب وهو لا يجوز. أجب بأن الكتاب مؤول. فإن عامة أهل التفسير جعلوا الأجل المضروب للدينين مؤولا على ما لم يكن دلالة الكتاب على ما استدلل به المصنف قطعية، ويؤيده ما روى أن رجلا تزوج

(قال المصنف: لما تبين فيقدر به) أقول: بعد ثلاثة أسطر (قوله لم تكن دلالة الكتاب الخ) أقول: بل لا احتمال لتلك الدلالة وإلا يلزم التفسير المستحيل فلا يصح الاستدلال.

على فلان والدين الذي لى على فلان سنة يفهم منه أن السنة بكاملها لكل ، أو على شخص فيقول لفلان على ألف درهم وعشرة أشهر إلى سنة فصله المقر له في الأجل ، فإذا مضت السنة يتم أجهلها جميعا إلا أنه أقام المتعص في أحدهما : يعنى في مدة الحمل ، وهو قول عائشة رضى الله عنها : « الولد لا يبنى في بطن أمه أكثر من سنتين ولو بقدر فلكة منزل » . وفي رواية : « ولو بقدر ظل منزل » . ومثله مما لا يقال إلا سماعا لأن المقدرات لا يبتدى العقل إليها وسخرجه في موضعه إن شاء الله تعالى . وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم « الولد لا يبنى في بطن أمه أكثر من سنتين » فتبقى مدة الفصال على ظاهرها ، غير أن هذا يستلزم كون لفظ ثلاثين مستعملا في إطلاق واحد في مدلول ثلاثين وفي أربعة وعشرين ، وهو الجمع بين الحقيقى والمجازى ليلفظ واحد ، وكونه بالنسبة إلى شيئين لا يبنى كونه كذلك وهو المتعص ، وإلا لم يمتنع لأنه ما من جمع إلا بالنسبة إلى شيئين . وإشكال آخر وهو أن أسماء العدد لا يتجاوز بشئ منها في الآخر ، نص عليه كثير من المحققين لأنها بمنزلة الإعلام على مسمياتها حتى منعت الصرف مع سبب واحد فقالوا ستة عشر ضعف ثمانية بلا تنوين ، وما ذكره صاحب النهاية في فصل المشية من كتاب الطلاق ، إلا أنه يقتضى أن نحو عشرة إلا اثنين لم يرد به ثمانية بل عشرة فأخرج ثم أسند إلى ثمانية ، وهو قول طائفة من الأصوليين مطلقا واختار طائفة من المشايخ فيها إذا كان استثناء من عدد منهم شمس الأئمة وفخر الإسلام والقاضى أبو زيد خلاف قول الجمهور وقد حققناه في الأصول . ويمكن أن يستدل لأبي حنيفة رحمه الله بقوله تعالى - والوالدات يرضعن أولادهن - الآية بناء على أن المراد من الوالدات المطلقات بقرينة - وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن - فإن الثالثة في جملة فقهاء من حيث هي ظئر أوجه منها في اعتباره لإيجاب نفقة الزوجة لأن ذلك معلوم بالضرورة قبل البينة ، ومن قوله تعالى - ليتفق ذو سعة - الآية ولأن نفقها لا تنقص بكونها والدة مرضعة بل متعلقة بالزوجة ، بخلاف اعتبارها نفقة الظئر ويكون حينئذ أجرة لها لأن النفقة لها باعتبارها ظئرا غير زوجة لا تكون إلا أجرة لها ، واللام من - لمن أراد - متعلق بيرضعن : أى يرضعن للآباء الذين أرادوا إتمام

امرأة فولدت لسته أشهر ، فجاء بها إلى حثان فشاوور في رجمها ، فقال ابن عباس : إن خاصمتكم بكتاب الله خصمتكم ، قالوا كيف ؟ قال : إن الله تعالى يقول - وحمله وفصاله ثلاثون شهرا - وقال - والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين - فحمله ستة أشهر وفصاله حولان ، فركها . وإذا لم تكن دلالتها على ذلك كذلك لم يلزم التغير وإنما يلزم إثبات مسألة فرعية بآية مؤولة ولا بعد فيه ، ولأنه لا بد من تغير الغداء ليقطع الإنبات باللبن ويحصل تغير إنبات لحياته ، وذلك أى التغير بزيادة مدة يتعود الصبي فيها غيره لأن القطع عن اللبن دفعة من غير أن يتعود غيره مهلك - وهذا هو الذى وعده المصنف لرؤف لكنه قدره بستة كما في العنين ، وقدرناه بأذى مدة الحمل لأنها مغيرة فإن غداء الجنين يتغير غداء الرضيع ، فإن غداء الجنين كان غداء أمه ثم صار لبنا خالصا ، كما أن غداء الرضيع يتغير غداء القطيع لأن غداء الرضيع اللبن وغذاء القطيع اللبن مرة والطعام آخرى لأنه يفعل تدريجا ، فكان الحاصل أنه لا بد من تغير الغداء وتغير الغداء لسته أشهر فلا بد من ستة أشهر . وقوله والحديث محمول : يعنى قوله عليه الصلاة والسلام « لا رضاع بعد حولين » محمول على مدة الاستحقاق ، وأبهم المصنف الاستحقاق

(قوله وإذا لم تكن دلالتها على ذلك كذلك) أقول : يعنى إذا لم تكن دلالتها على قطعية لقوله وإنما يلزم إثبات مسألة فرعية بآية مؤولة ولا بد فيه) أقول : إمكان الإثبات لا يكون إلا بإشكال الحمل على ذلك المعنى ، وذلك مستحب .

وعليه يحمل النص المقيّد بحولين في الكتاب . قال (وإذا مضت مدة الرضاع لم يتعلق بالرضاع تحريم) لقوله

الرضاعة . وعليهم رزقهن وكسوتهن بالمعروف أجرة لمن في الحولين ، وإذا كانت الواو من - وعلى المولود له - الحال من فاعل - يتم - كان أظهر في تقييد الأجرة المستحقة على الآباء أجرة المطلقة لحولين ، وخاصة ما يلزم أنه كان مقتضى الظاهر أن يقال وعليه أو وعليهم لكن ترك التنبيه على علة الاستحقاق عليه وهو كون الولد منسوباً إليه وأن النسبة إلى الآباء . والحاصل حينئذ : يرضعن حولين لمن أراد من الآباء أن يتم الرضاعة بالأجرة ، وهذا لا يقتضي أن انتهاء مدة الرضاعة مطلقاً بالحولين ، بل مدة استحقاق الأجرة بالإنرضاع ، ثم يدل على بقائها في الحمل قوله تعالى - فإن أرادوا فصلاً - عطفًا بالقائه على يرضعن حولين فعلق الفصال بعد الحولين على تراضيهما . وقد يقال : كون الدليل دل على بقاء مدة الرضاع المحرم بعد الحولين ، فأين الدليل على انتهائها لسنة أشهر بعدها بحيث لو أرضع بعدها لا يقع التحريم . وما ذكر في وجه زيادتها لا يفيد سوى أنه إذا أريد القطام يحتاج إليها ليعود فيها غير اللبن قليلاً قليلاً لتصلر ثقله دفعة . فأما أنه يجب ذلك بعد الحولين ويكون من تمام مدة التحريم شرعاً فليس يلزم مما ذكر من الأدلة ، ولا شك أن الشرع لم يحرم إطعامه غير اللبن قبل الحولين ليلزم زيادة مدة التعود عليهما ، فجاز أن يعود مع اللبن غيره قبل الحولين بحيث تكون العادة قد استقرت مع انقضائها فيقطع عنده عن اللبن بمرة فليست الزيادة بلازمة في العادة ولا في الشرع ، فكان الأصح قولهما وهو مختار الطحاوي ، وقول زفر على هذا أولى بالبطلان وهو ظاهر ، وحينئذ قوله تعالى - فإن أرادوا فصلاً عن تراض منهما وتشاور - المراد منه قبل الحولين فإنه موضع التردد في أنه يضر بالولد أولاً فيتشاوران ليطهر وجه الصواب فيه . وأما ثبوت الضرر بعد الحولين فقل أن يقع به من حيث أنه نظام بل إن كان فن جهة أخرى فتمتنع العمومات المانعة من إدخال الضرر على غير المستحق له (قوله وإذا مضت مدة الرضاع لم يتعلق بالرضاع تحريم) فطم أولم يقطع ، حتى لو ارتضع لاثبت التحريم خلافاً لمن قال بالتحريم أبداً للإطلاقات الثلاثة على ثبوت التحريم به ، وهو مروى عن عائشة رضي الله عنها فكانت إذا أرادت أن يدخل عليها أحد من الرجال أمرت أختها أم كلثوم أو بعض بنات أختها أن ترضعه خمسا ، ولحديث سهل المتقدم . والجواب أن هذا كان ثم نسخ بأثر كثيرة عن النبي صلى الله عليه وسلم والصحابة رضوان الله عليهم أجمعين تفيد اتفاقهم عليه . فنها ما قدمناه في استدلالهما من قوله صلى الله عليه وسلم لا رضاع

لأن بعضهم قال : المراد من : لا رضاع بعد حولين : لا يستحق الولد الرضاع بعد الحولين ، وقال بعضهم : نفي استحقاق الأجرة ، وكثير منهم قالوا : إن مدة الرضاع في حق استحقاق الأجر على الأب مقدرة بحولين عند الكل حتى لا تستحق المطلقة أجرة الرضاع بعد الحولين بالإجماع ، وهذا لأن قوله عليه الصلاة والسلام « لا رضاع » لنفي الجنس ، وعينه قد توجد بعد حولين ، فكان عدم الوجوب وعدم الجواز محتملين فلم يكن حجة ، وعليه : أي وعلى الاستحقاق يحمل النص المقيّد بحولين في الكتاب : يعني قوله تعالى - والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين - بدليل قوله تعالى بعده - فإن أرادوا فصلاً عن تراض - فإنه ذكر بحرف القاء معلقاً له بالراضى ، ولو كان الرضاع بعده محرماً لم يعلق به لأنه لا أثر للرضا في إزالة المحرم شرعاً (قوله وإذا مضت مدة الرضاع لم يتعلق بالرضاع تحريم) سواء فطم أولم يقطع ، وإذا فطم قبلها لم يعتبر القطام إلا في رواية عن أبي حنيفة ، حتى لو فطم صبي قبل الحولين أو قبل ثلاثين شهراً عند أبي حنيفة ثم أرضعته امرأة قبل أن تمضي عليه مدة الرضاع تعلق به التحريم في ظاهر الرواية دون رواية الحسن إذا استغنى عنه ، وما في الكتاب ظاهر . ومن الناس من سوى بين الصغير

عليه الصلاة والسلام « لا رضاع بعد الفصال » ولأن الحرمة باعتبار الشؤء وذلك في المدة إذ الكبير لا يرضع به ،

إلا ما كان من حولين « وقلمنا تخريجه مرفوعا وموقوفا على ابن عباس وعلى عمر وابن مسعود رضى الله عنهم أجمعين ، وما ذكره المصنف من قوله عليه الصلاة والسلام « لا رضاع بعد الفصال » والمراد نفي الحكم لأنه قد ثبت هويته بعده ، وما في الترمذى من حديث أم سلمة أنه صلى الله عليه وسلم قال « لا يجرم من الرضاع إلا ما فتى الأماء في الثدي وكان قبل القطام » قال الترمذى : حديث حسن صحيح . وفي سنن أبي داود من حديث ابن مسعود يرفعه « لا يجرم من الرضاع إلا ما أنبت اللحم وأنشأ العظم » يروى بالراء المهملة : أى أحياء . ومنه قوله تعالى : ثم إذا شاء أنشره - وبالأزاي : أى رضعه وبزيادة الحجم يرتفع . وفي الصحيحين عن عائشة رضى الله عنها « دخل على رسول الله صلى الله عليه وسلم وعندي رجل ، فقال : يا عائشة من هذا ؟ قلت : أئشى من الرضاعة ، فقال : يا عائشة انظرون من إخوانكن فإن الرضاعة من الحاجة » يعنى اعرفن إخوانكن خشية أن يكون رضاعة ذلك الشخص كانت في حالة الكبير . فإن قلت : عرف من أصلكم أن عمل الراوى بخلاف ما روى يوجب الحكم بنسخ ما روى فلا يعتبر ويكون بمنزلة روايته للتاسخ ، وحديث الصحيحين وهو قوله « إنما الرضاعة من الحاجة » روته عائشة رضى الله عنها وعملها بخلافه فيكون محكما بنسخ كون رضاع الكبير محرما . قلنا : المعنى أنه إذا لم يعرف من الحال سوى أنه خالف مروي به حكما بأنه أطلع على ناضه في نفس الأمر ظاهرا لأن الظاهر أنه لا يخلط في ظن غير التاسخ ناضا لا قطعا . فلو اتفق في خصوص عمل بأن عمله بخلاف مروي به كان لخصوص دليل علمناه وظهر المجتهد غلطه في استدلاله بذلك الليل لاشك أنه لا يكون بما يحكم فيه بنسخ مروي به لأن ذلك ما كان إلا لإحسان الظن بنظره ، فأما إذا تحققنا في خصوص مادة خلاف ذلك وجب اعتبار مروي به بالضرورة دون رايه . وفي الموطأ وسنن أبي داود عن يحيى بن سعيد أن رجلا سأل أبا موسى الأشعري فقال : إني مصصت عن امرأتى من ثديها لبنا فذهب في بطني ، فقال أبو موسى لا أراها إلا قد حومت عليك ، فقال عبد الله بن مسعود : انظر ما فتى به الرجل ، فقال أبو موسى : فما تقول أنت ؟ فقال عبد الله : « لا رضاعة إلا ما كان في حولين » فقال أبو موسى : لا تسألوني عن شيء ما دام هذا الخبر بين أظهركم . هذه زوايا الموطأ فرجوعه إليه بعد ظهور النصوص المطلقة وعما أفاده بالحرمة لا يكون إلا للذكره للتاسخ له أو لتذكره عنده ، وغير عائشة من نساء النبي صلى الله عليه وسلم يأتين ذلك ويقال : لا نرى هذا من رسول الله صلى الله عليه وسلم إلا رخصة لسبلة خاصة ، ولعل سببه ما تضمنته مما يخالف أصول الشرع حيث يستلزم مس عورتها بشفتيه فحكم بأن ذلك خصوصية . وقيل نبيه أن عائشة رجعت . وفي الموطأ عن ابن عمر : جاء رجل إلى عمر بن الخطاب فقال : كانت لي وليدة فكانت أصعبها فعمليت امرأتى إليها فأرضعتها فدخلت عليها فقالت : ذلك قد

والكبير في حرمة الرضاع تشبها بظواهر النصوص وهو قاصد لأن المذكور في ظواهر النصوص الرضاع وهو يقتضى رضعا لا محالة والكبير لا ينسب رضعا . روى أن أبا موسى الأشعري سئل عن رضاع الكبير فأوجب الغرامة ، ثم أتوا عبد الله بن مسعود فسأله عن ذلك فقال : أترون هذا الأشعث رضعا فيكم ؟ قلما بلغ أبا موسى

(قوله والكبير لا ينسب رضعا إلخ) أقول : قد سبق أن الرضاع في اللغة من اللبن من الثدي مطلقا ، ولا نسلم أنه يقتضى رضعا بل وانما يطلق على الكبير في اللغة الراضع ، يقال لهم راضع ، أى يرضع غيره ولا يعلما قلنا أن يرضع سوت عليه فيطعم به اللبن .

ولا يعتبر القطام قبل المدة إلا في رواية عن أبي حنيفة رحمه الله إذا استغنى عنه. ووجهه انقطاع الشواء بتغير الغذاء وهل يباح الإرضاع بعد المدة ؟ فقيل لا يباح لأن إباحته ضرورية لكونه جزء الآدمي . قال (ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب) للحديث الذي روينا (إلا أم أخته من الرضاع فإنه يجوز أن يتزوجها ولا يجوز) أن يتزوج أم أخته

والله أَرْضَعَهَا ، قال عمر : أوجعها وأت جارتك فلأنما الرضاعة رضاعة الصغير . (قوله ولا يعتبر القطام قبل المدة) حتى لو فطم قبل المدة ثم أَرْضَع فيها ثبت التحريم إلا في رواية عن أبي حنيفة أنه إذا فطم قبل المدة وصار بحيث يكفي بغير اللبن لا تثبت الحرمة إذا رَضِع فيها : رواها الحسن عنه . وفي واقعات التاطفي الفتوى على ظاهر الرواية ، أنها تثبت مالم تمض إقامة للمظنة مقام المنة ، فإن ما قبل المدة مظنة عدم الاستغناء (وهل يباح الإرضاع بعد المدة ؟ قيل لا لأنه جزء الآدمي فلا يباح الانتفاع به إلا للضرورة) وقد اندفعت ، وعلى هذا لا يجوز الانتفاع به للتناول . وأهل الطب يشقون نالين البنت أي التي نزل بسبب بنت مرضعة فنيا لرجع العين . واختلف المشايخ فيه ، قيل لا يجوز ، وقيل يجوز إذا علم أنه يزول به الرمد ، ولا يخفى أن حقيقة العلم متمثلة فلماذا إذا غلب على الظن وإلا فهو معنى المنع (قوله ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب للحديث الذي روينا) وهو بهذا اللفظ (قوله إلا أم أخته من الرضاع) يصح اتصال قوله من الرضاع بكل من الأم والأخت وبهما من جهة المعنى . فالأول أن يكون للرجل أخت من النسب لها أم من الرضاعة لم تكن أرضعته محل له . والثاني أن يكون له أخت من الرضاعة لها أم من النسب محل له إذا لم تكن هي المرضعة . والثالث أن يرضع الصبي والصبية امرأة ولأخته من الرضاعة أم أخرى من الرضاع يبل للصبي تلك الأم ، أما من جهة الصناعة فلأنما يتعلق بالأم حالاً منه لأن الأم معرفة فيجبى بالجار والمجورور حالاً منه لا متعلقاً بمحلول وليس صفة لأنه معرفة : أعني أم أخته ، بخلاف أخته لأنه مضاف إليه ، وليس فيه شيء من مسوغات مجيء الحال منه ، ومثل هذا يجيء في أخت ابنه ، ولو قال: أخت ولده كان أهمل ، فالأول له ابن من النسب له أخت من الرضاعة بأن ارتضع مع أجنبية من لم تكن امرأة أبيه حلت لأبيه لأنها ليست بنته من الرضاعة ولا ربيته ، والثاني له ابن من الرضاع بأن ارتضع زوجة الرجل حلت للرجل أخته من النسب ، والثالث له ابن من الرضاع كما ذكرنا له أخت من الرضاعة من غير زوجة ذلك الرجل بأن ارتضع ذلك الولد امرأتين حلت لأبيه من الرضاعة . وعلى استثناء الأول بعدم وجود المحرم من النسب فيه الذي هو معنى قوله بخلاف الرضاع بعد تعليله الحرمة في أم أخته من النسب بكونها أمه أو موطوعة أبيه ، وكذا في تعليله إخراج أخت

قال : لا تسألوني عن شيء مادام هذا الخبر بين أظهركم . وقد اتفقت الصحابة على هذا . قال (ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب لما روينا) من قوله عليه الصلاة والسلام : يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب إلا صورتين ذكرهما المصنف وهو واضح . وقوله (إلا أم أخته من الرضاع) جاز أن يتعلق بالأخت مثل أن يكون للرجل أخت من الرضاعة ولها أم من النسب ، فإنه يجوز له أن يتزوج أم أخته التي كانت أمها من النسب ، وجاز أن يتعلق بالأم مثل أن يكون له أخت من النسب ولها أم من الرضاعة فإنه يجوز له أن يتزوج أم أخته التي كانت أمها من الرضاعة ، وجاز أن يتعلق بهما جميعاً ، مثل أن يجمع الصبي والصبية الأجنبية على ثدي امرأة واحدة أجنبية وللصبية أم أخرى من الرضاعة فإنه يجوز للذكر أن يتزوج أم أخته التي كانت الأم من الرضاعة التي انفردت

(قوله جاز أن يتعلق بالأخت) أقول : يعني بحسب المعنى وإلا فهو بحسب الصناعة حالاً من الأم .

(من النسب) لأنها تكون أمه أو موطوءة أبيه ، بخلاف الرضاع : ويجوز أن يتزوج أخت ابنه من الرضاع ، ولا

ابنه من الرضاع بقوله ولم يوجد هذا المعنى في الرضاع بعد تعليقه حرمة أخت الابن من النسب بقوله لأنه لما وطئ أمها حرمت عليه ، وإنما انصرف على هذا بناء على أنها ليست بنته لوضوح الشق الآخر فأعاد بالتعليق أن المحرم في الرضاع وجود المعنى المحرم في النسب ليفيد أنه إذا اتفق في شيء من صور الرضاع انتفت الحرمة فيستفاد أنه لا يحصر فيما ذكر ، وقد ثبت كذلك الانتفاء في صور أخرى : الأولى أم النافلة من الرضاع بأن أرضعت نافلة من أجنبية يجوز تزوج بها لانتهاء سبب التحريم في النسب وهي كونها بنتاً أو خلية الابن . الثانية جدة ولدك من الرضاع بأن أرضعت ولدك أجنبية لها أم يجوز تزوجك بالأم لأنها ليست أمك ، وزاد بعضهم أم الم من الرضاع وأم الخال من الرضاغة ، وكذلك ولدك ، لأنها من النسب أنتك وليست أختك من الرضاع ، وكذا المرأة يحل لها أن تتزوج بابن أختها من الرضاع وبأبني ولدها وبأبي حفيدها منه ويجد ولدها منه وخاله ، ولا يجوز ذلك كله في النسب لما قلنا في حق الرجل ، وقد جمعت في قوله :

يفارق النسب الرضاغة في صور كأم نافلة وجدة الولد

وأم عم وأخت ابن وأم أخ وأم خال وعمه ابن اعتماد

واستشكل لإخراج أم العم وأم الخال بأنهما إما أن يكون كل منهما جدته من الرضاع أو موطوءة جده من الرضاع وكلاهما محرم في النسب ، إلا إن أراد بالم من الرضاع من رضع مع أبيه ، وبانخال منه من رضع مع أمه وله أم أخرى من النسب أو الرضاع فيجوز يستقيم . ولقال أن يمنع المحصر لجواز كونها لم ترضع أباه ولا أمه فلا تكون جدته من الرضاع ولا موطوءة جده بل أجنبية أرضعت عنه من النسب وخاله ، ثم قالت طائفة : هذا الإخراج تخصيص للحديث : «أخي » يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » بدليل العقل ، والمحققون على أنه ليس تخصيصاً لأنه أحال ما يحرم بالرضاع على ما يحرم بالنسب ، وما يحرم بالنسب هو ما يتعلق به خطاب تحريره وقد تعلق بما عبر عنه بلفظ الأمهات والبنات - وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت - فأما كان مسمى هذه الألفاظ متحققاً في الرضاع حرم فيه ، والمذكورات ليس شيء منها من مسمى تلك فكيف تكون خصصة وهي غير متناهية ؟ ولذا إذا خلا تناول الاسم في النسب جاز النكاح ، كما إذا ثبت النسب من اثنين ولكل منهما بنت جاز لكل منهما أن يتزوج بنت الآخر وإن كانت أخت ولده من النسب ، وأنت إذا حققت مناط الإخراج أمكنتك تسمية صور أخرى ، والاستثناء في عبارة الكتاب على هذا يجب أن يكون مقطوعاً : «أخي قوله » يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » إلا أم أخته الخ ، وعلى هذا فالاستدلال على تحريم خلية الأب والابن من الرضاع بقوله «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » مشكل لأن حرمتهما ليست بسبب النسب بل بسبب الصهرية ، فإن المحرمات من النسب سبع وهن اللاق عدنانهن آنفاً كما في آية المحرمات وما بعدهن فيها فحرمات بالرضاع والصهرية ، ومقتضى الحديث أن من كانت أمها من الرضاغة أو بنتاً أو أختاً أو بنت أخ الخ تحرم ، فثبت تحريم خلية كل من الأب والابن من الرضاغة قول بلا دليل بل الدليل يفيد حلها وهو قيد الأصلا في الآية وكونه لإخراج خلية المتبني لا يفي أن يكون لإخراج خلية الأب والابن من الرضاع لمصاحبة لذلك فكان لإخراجها أيضاً ولا يلزم كون الحديث غير معمول به على هذا التقدير بل يوفر على كل من الحديث والنسب مقتضى لفظه ، بخلاف حرمة

بها رضيعاً . وقوله لما رويتنا إشارة إلى قوله عليه الصلاة والسلام «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» :

يجوز ذلك من النسب لأنه لما وطئ أمها حرمت عليه ، ولم يوجد هذا المعنى في الرضاع (وامرأة أبيه أو امرأة ابنه من الرضاع لا يجوز أن يتزوجها كما لا يجوز ذلك من النسب) لما روينا ، وذكر الأصحاب في النص لإسقاط اعتبار التني على ما بيناه ^٢ ولبن الفحل يتعلق به التحريم ، وهو أن ترضع المرأة صبية فتحرم هذه الصبية على زوجها وعلى آباءه وأبنائه ويصير الزوج الذي نزل لما منه اللبن أبا للمرضعة (وفي أحد قولي الشافعي : لبن الفحل لا يحرم

الجمع بين الأخنتين من الرضاع فإن الحديث المذكور يفيد منعه لأنه يحرم من النسب الجمع بين الأخنتين منه فكذا الجمع بين أختين من الرضاع . فإن قلت : فليثبت بالقياس على حرمة المصاهرة بجماع الجزئية . فالجواب أن الجزئية المتبعة في حرمة الرضاع هي الجزئية الكائنة عن التشوؤ وإنبات اللحم لا مطلق الجزئية ، وهذه ليست الجزئية الكائنة في حرمة المصاهرة إذ لا إنبات لحم من المني المنصب في الرحم لأنه غير واصل من الأعلى فهو بالحقنة أشبه منه بالمشروب حيث يخرج كلها شيئا فشيئا حتى لا يبقى منها شيء ولا يستحيل إلى جوهر الإنسان كما يخرج المني ولذا فلا يبقى منه في المرأة شيء استحال إلى جوهرها (قوله وامرأة أبيه أو امرأة ابنه من الرضاع لا يجوز أن يتزوجها كما لا يجوز ذلك من النسب) أي كما لا يجوز تزوج امرأة أبيه أو ابنه من النسب ، كذا لا يجوز تزوج امرأة أبيه أو ابنه من الرضاع . فإن قيل : ذكر الأصحاب في آية المحرمات بفرجها . أجب بأنها نزلت لإسقاط طعنهم بسبب تزوجه صلى الله عليه وسلم زوجة النبي فالتقي لإسقاط حرمة زوجته . بقى أن يقال : فمن أين يثبت تحريمهما ؟ وبجواب بعموم حديث « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » وقد علمت ما في الجوابين . ومن فروعهما فرع لطيف : وهو رجل تزوج أم ولده من رضيع ثم أعطاها فاختار نفسه ثم تزوجت بزواج آخر وولدت منه ثم جاءت إلى الرضيع الذي كان زوجها فأرضعته حرمت على زوجها لأن الصغير صار ابنا له ، فلو بقى التكااح صار متزوجا بامرأة ابنه من الرضعة (قوله على ما بيناه) أي في فصل المحرمات (قوله ولبن الفحل) هو من إضافة الشيء إلى سببه (يتعلق به التحريم) يعني اللبن الذي نزل من المرأة بسبب ولادتها من رجل زوج أو سيد يتعلق به التحريم بين من أرضعته وبين ذلك الرجل بأن يكون أبا للرضيع ، فلا تحل له إن كانت صبية لأنه أبوها ولا لإخوته لأنهم أمهاتها ولا لأبنائه لأنهم أجدادها ولا لأعمامه لأنهم أعمام الأب ولا لأولاده وإن كانوا من غير المرضعة لأنهم إخوانها لأبيها ولا لأبنائه أولاده لأن الصبية عنهم ، وإذا ثبتت هذه الحرمة من زوج المرضعة فلها أولى فلا تزوج أباهما لأنه جداهما لأمه ولا أخاهما لأنه خالها ولا عمها لأنها بنت بنت أخيه ولا خالها لأنها بنت بنت أخته ولا أبنائها وإن كانوا من غير صاحب اللبن لأنهم إخوانها لأمه . ولو كان لرجل زوجتان أرضعت كل منهما بنتا لا يحل لرجل أن يجمع بينهما لأنهما أختان من الرضاع لأب ، بخلاف ما لو تزوجت برجل وهي ذات لبن لآخر قبله فأرضعت صبية فلها وبينه للثاني وبنت للأول فيحل تزوجهما بأبناء الثاني ، ولو كان الرضيع صبيًا حل له تزوجه ببنته هلا ما لم تلد من الثاني ، فإذا ولدت من الثاني فإن أرضعت رضعا فهو ولد للثاني ، وإن حبلت من الثاني وهي ذات لبن من الأول فأم تلد اللبن من الأول والرضيع به ولد له عند أبي حنيفة ورضي الله عنه

وقوله (لإسقاط اعتبار التني) فإن حليلة الابن المتني كانت حراما في الجاهلية . فإن قيل : لم لا يجوز أن يكون إسقاط حليلة ابن الرضاع أو لإسقاطهما جميعا ، وما وجه ترجيح جانب حليلة الابن المتني في الإسقاط ؟ أجب بأن حرمة حليلة ابن الرضاع ثابتة بالحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » فحملناه على حليلة الابن المتني . للتلازم للتنازع بين موجب الكتاب والنسبة المشهورة . وقوله (ولبن الفحل)

لأن الحرمة لشبهة البغضية والذين بعضها لا بعضه . ولنا ما رويناه ، والحرمة بالنسب من الجائنين فكلنا بالرضاع . وقال عليه الصلاة والسلام لعائشة رضي الله عنها : « ليلج عليك أفطح فإنه عمك من الرضاعة »

ثبتت منه الحرمة خاصة ، وعند محمد رحمه الله ولد لهما فتثبت الحرمة من الزوجين . وقال أبو يوسف : إن علم أن الذين من الثاني بأمانة كزيادة فهو ولد الثاني ، وإلا فهو ولد الأول . وعنه : إن كان الذين من الأول غالبا فهو له ، وإن كان من الثاني غالبا فهو للثاني ، وإن استويا فلهما ، ويقول أبي حنيفة قال الشافعي رضي الله عنه في الجليل ، وقد حكى الخلاف هكذا : إن زاد الذين بالجليل فهو ابنيهما عندهما وابن الأول عند أبي حنيفة رضي الله عنه ، وكونه ابنيهما بزيادة الذين مطلقا أنسب بقول محمد رحمه الله فيها إذا اختلط لبن امرأتين كما سيعلم فيها ، ويختلف ما لو ولدت للزوج فنزل لها لبن فأرضعت به ثم جف لبنها ثم حرما لها فأرضعت به صبية ، فإن لولد زوج المرضعة من غيرها الزوج بهذه الصبية لأن هذا ليس لبن الفحل ليكون هو أبها ، كما لو لم تلد من الزوج أصلا ونزل لها لبن فإنه لا يثبت يرضاعها محرم بين ابن زوجها ومن أرضعته لبنها ليست بنته لأن نسبته إليه بسبب الولادة منه ، فإذا انتفت انتفت النسبة فكان كلبن البكر ، ولبن الزنا كالحلال فإذا أرضعت به بنتا حرمت على الزاني وآبائه وأبنائه وأبنائهم وإن سفلوا . وفي التصحيف : من علامة أجناس الناطق عن الشيخ أبي عبد الله الجرجاني كان يقول في الدرس : لا يجوز للزاني أن يتزوج بالصبية المرضعة ولا لآبيه ولا لأجداده ولا لأحد من أولاده وأولادهم ، ولعم الزاني أن يتزوج بها ، كما يجوز له أن يتزوج بالصبية التي ولدت من الزاني لأنه لم يثبت نسبها من الزاني حتى يظهر فيها حكم القرابة ، والتحريم على آباء الزاني وأولاده لاعتبار الجزئية والبغضية ولا جزئية بينها وبين الأم ، وإذا ثبت هذا في حق المتولدة من الزنا فكذلك في حق المرضعة بلبن الزنا ، قال في الخلاصة : وكلما لو لم تحبل من الزنا وأرضعت لابن الزاني تحرم على الزاني كما تحرم بنتا عليه من النسب . وذكر الويرى أن الحرمة تثبت من جهة الأم خاصة ما لم يثبت النسب حيثك ثبت من الأب ، وكلنا ذكر الإسيحياني وصاحب التبايع ، وهو أوجه لأن الحرمة من الزنا للبغضية وذلك في الولد نفسه لأنه مخلوق من مائه دون الذين ، إذ ليس الذين كائنا عن منيه لأنه فرع التفدلي بخلاف الولد ، والتفدلي لا يقع إلا بما يدخل من أعلى المعلقة لامن أسفل البدن كالحقنة فلا إنبات فلا حرمة ، بخلاف ثابت النسب لأن النص وهو قوله صلى الله عليه وسلم « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » أثبت الحرمة منه ، وبه يستدل على إبطال قول ضعيف للشافعي أنه لا يثبت الحرمة من الزوج . ونقل عن بعض الصحابة رضي الله عنهم أنه لا جزئية بين الرجل وبين من أرضعته زوجته ، ولأنه لو نزل للرجل لبن فأرضعته صغيرة حلت له فكيف تحرم بلبن مويصب بعد فيه . ولنا للنظر المذكور ، وما روى عن

من باب إضافة الشيء إلى سببه لأن سبب الذين إنما هو الفحل وكلامه واضح . وقوله (عليه الصلاة والسلام لعائشة ليلج عليك أفطح فإنه عمك من الرضاعة) دليل واضح على ذلك ، فإن عائشة ارتضعت من امرأة أبي القميس وكان اسم أمي أبي قيس أفطح ، فلما كانت تلك المرأة ، أما لها كان زوجها أبا لها وأخو الزوج عما لا محالة . وروى أنها قالت « يا رسول الله إن أفطح أمي أبي القميس دخل علي وأنا في ثياب فضل ، فقال : ليلج عليك فإنه عمك من الرضاعة ، فقالت : إنما أرضعني المرأة لا الرجل ، فقال : عمك من الرضاعة » وذلك لا يكون إلا باعتبار

(قوله وكان اسم أمي أبي قيس أفطح) فنزل : أفطح أمي أبي قيس على ما يشهد عليه كتب الأحاديث وغيرها .

ولأنه سبب لنزول اللبن منها فيضاف إليه في موضع الحرمة احتياطاً (ويجوز أن يتزوج الرجل بأخت أخيه من الرضاع) لأنه يجوز أن يتزوج بأخت أخيه من النسب وذلك مثل الأخ من الأب إذا كانت له أخت من أمه جاز لأخيه من أبيه أن يتزوجها (وكل صبيين اجتمعا على ثدي واحدة لم يميز لأحدهما أن يتزوج بالأخرى) هذا هو الأصل لأن أمهما واحدة فهما أخ وأخت (ولا يتزوج المرضعة أحد من ولد التي أرضعت) لأنه أخوها

عائشة رضي الله عنها في الصحيحين «أن أطلع أمنا إلى القميس استأذن على بعد ما نزل الحجاب وقلت : والله لا آذن له حتى استأذن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وإن أمنا إلى القميس ليس هو أرضعني وإنما أرضعني امرأة إلى القميس ، فدخل على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت : يا رسول الله إن الرجل ليس هو أرضعني ولكن أرضعني امرأته ، فقال : الكفى له فإنه عك تربت يدك » وفي رواية « تربت يمينك » إلى غير ذلك من الأحاديث الشاهدة بالحكم المذكور بحيث يتضمنها ذلك المقول. على أن نقد قيل أنه لا يغني الولد به ، وأما لبن الرجل فسيذكره المصنف رحمه الله ، وإذا ترجع عدم حرمة الرضعة بلبن الزاني على الزاني كما ذكرنا فعدم حرمتها على من ليس اللبن منه أولى ، بخلاف ما في الخلاصة ، ولأنه يخالف المسطور في الكتب المشهورة إذ يقتضي تحريم بنت المرضعة بلبن غير الزوج على الزوج بطريق أولى ، وتقدم البحث في دلالة حديث « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » على حرمة الرضعة من الرضاع (قوله ولأنه سبب لنزول اللبن منها فيضاف الحرمة إليه احتياطاً) كالمصاهرة ، وأنت علمت الفرق بل حقيقة الحال أن البضية تثبت بين المرضعة والرضيع فأثبتت حرمة الأبنة ثم انتشرت لوازم تحريم الولد (قوله وكل صبيين) يريد ضيياً وصبيبة فغلب الذكر في الثانية كالتقريين وهو أحد أسباب التغليب كالتحريم في العمرين لأن عمر أخف من أبي بكر، ولوثني نحو أبي بكر فعند البصريين يكون بثنية المضاف فيقال أبو بكر والكوفيون يثنون الجزئين فيقولون أبو بكرين ، والشعيرة كالآخرين للأقرع بن حابس وأخيه (قوله ولا يتزوج المرضعة)

لبن الفحل ولأنه سبب لنزول اللبن منها فيضاف إليه في موضع الحرمة احتياطاً. فإن قيل : ما قام مقام الشيء في إثبات الحكم إما أن يكون مثل ذلك أو دونه لاحالة ، وههنا لو ارتضع الصبي من ثلثة الرجل نفسه إذا نزل منه اللبن لا يثبت حرمة الرضاع ، فكيف يثبت بارتضاع اللبن بسببه ولا تثبت من اللبن الخاص من نفسه ؟ أجيب بأن الفرق الحكم لافراق الوصف ، وذلك لأن المعنى الذي لأجله تثبت الحرمة بسبب الرضاع لا يوجد في إرضاع الرجل ، فإن ما ينزل من ثلثة الرجل لا يغني به الصبي ولا يحصل به إنبات اللحم ، وهو نظير وطء الميتة في أنه لا يوجب حرمة المصاهرة وإن كان السبب موجوداً ، وإنما اختاروا هذه العبارة وهي ملبسة فلها توهم أن المراد به ما ينزل من ثلثته ليعلم أن المراد ما ينزل من المرأة بسبب الولادة أو الحمل من زوجها ، حتى لو نزل لها اللبن بدونها كما ينزل للبكر كان ذلك لبن المرأة خاصة لا لبن الفحل وإن كانت تلك المرأة تحت زوجها ، وليس حل الوطء في الإحبال شرط لحرمة حتى لو زنى بامرأة فولدت منه فأرضعت بهذا اللبن صبيبة كان لبن الفحل لا يحل الزاني هذا أن يتزوج به الصبي ولا لأبيه ولا لابنه ولا لأبنائه أولاده لوجود البضية بين هؤلاء وبين الزاني. وقوله (ويجوز أن يتزوج الرجل) واضح. وقوله (وكل صبيين اجتمعا) غلب الصبي على الصبيبة كما في التقريين للشمس والقمر على ثدي واحدة أي ثدي امرأة واحدة ، لأنهما لو اجتمعا على ضرع بهيمة واحدة لا يثبت التحريم كما سيبيء ، وهذا لأن ثبوت هذه الحرمة بطريق الكرامة وذلك يختص بلبن الأدمية دون الأنعام . وقوله (ولا يتزوج المرضعة أحد من ولد التي أرضعت) قال في النهاية : المرضعة بصيغة اسم المفعول وبالرفع على

(ولا ولد ولدها) لأنه ولد أختها (ولا يزوج الصبي الموضع أخت زوج المرضعة لأنها عنه من الرضاعة وإذا اختلط اللبن بالماء واللبن هو الغالب تعلق به التحريم) وإن غلب الماء لم يتعلق به التحريم، خلافاً للشافعي رحمه الله هو يقول: إنه موجود فيه حقيقة، ونحن نقول

يفتح الضاد توروث، ويجوز كونها فاعلاً فينصب أحد ومفعولاً فيرفع. وما في الكتاب ظاهر، ولا غرق بين كون ولد التي أرضعته رضع مع المرضعة أو كان سابقاً بالنسبة لبنتين كثيره أو مسبقاً بارتضاعها بأن ولد بعدها بستين؛ وكلذا لا يزوج أخت المرضعة لأنها خالته قوله وإذا اختلط اللبن بالماء واللبن هو الغالب تعلق به التحريم، وإن غلب الماء لم يتعلق به التحريم خلافاً للشافعي رحمه الله فإن الأصح عنده أنه إذا كان اللبن قدر خمس رضعات حرم وإلا فلا، وكلنا نختلط بلبن البيمة واللواء عنده وبكل مائع أو جامد، واعتبر مالك رضي الله عنه في جميع ذلك أن يكون اللبن مسهلماً (قوله هو) أي الشافعي رضي الله تعالى عنه (يقول إنه) أي اللبن على ظاهر نقل المصنف عنه، وعلى ما هو الأصح فرجع الضمير القدر المحرم (موجود فيه حقيقة) فيستلزم حكمه من التحريم (قوله ونحن نقول) حاصلة القياس على العين على أن لا يشرب لبناً فإنه لا يتعلق الحث بشربه مغلوباً بالماء لأن

الفاعلية ونصب أحداً على المفعولية من ولد التي على طريق الإضافة وهذا هو الأصل من النسخ، وفي نسخة أخرى: ولا يزوج المرضعة أحد من ولد التي أرضعت بعكس الأولى في الفاعلية والمفعولية، وهذا أيضاً صحيح وكان كلاهما بخط شيعي، ونسختان أخريان ليستا بصحيحين وهما بعد صيغة اسم الفاعل في المرضعة كونها فاعلة أو مفعولة على ما ذكرنا، ولكن هذان التقديران لا بد وأن يكون من الولد الذي أرضعته معرباً باللام، وكلامه ظاهر. وقوله (وإذا اختلط اللبن بالماء واللبن هو الغالب) فسر محمد الغلبة قال: إن لم يغير اللواء اللبن تثبت الحرمة وإن غير لا تثبت. وقال أبو يوسف: إن غير طعم اللبن ولونه لا يكون رضاعاً، وإن غير أحدهما يكون رضاعاً. وقوله (خلافاً للشافعي) فإن عنده إذا اختلط مقدار ما يحصل به خمس رضعات من اللبن في حب الماء فشربه الصبي تثبت به الحرمة، هو يقول: إنه موجود حقيقة فيكون معتبراً، لأن الخصوص لا ينكر. ونحن نقول مغلوب، والمغلوب في مقابلة الغالب غير موجود حكماً، كما في العين. حلف لا يشرب لبناً فشرّب لبناً مخلوطاً بالماء والماء غالب على اللبن لا ينجث. فإن قيل: فعل هذا إن اعتبرت جهة الحكم لم يثبت به حرمة الرضاع وإن اعتبرت جهة الحقيقة تثبت لأن اللبن موجود حقيقة وإن قل: فعند التعارض ترجح الحرمة احتياطاً. أجب: بأن التعارض لم يثبت لأن التعارض عبارة عن تقابل الحجتين على السواء، وههنا لم تثبت المساواة بينهما لأن للغالب فضلاً ذاتياً، والمغلوب فضلاً حالياً وهو جهة الحرمة، وكان الترجيح لمعنى راجع إلى الذات لا معنى راجع إلى الحال، وهذا كما يرى متناقض لأنه نفي التعارض وأثبت الترجيح للفضل الذاتي ولا ترجيح إلا بعد التعارض. والصواب أن يقال: لا تعارض لأن الحقيقة لا تعارض الحكم لأن الحرمة بالرضاع أمر حكى، فالملك في الحكم موجوداً لا مدخل له فيه. سلمناه ولكن تعارض ضرباً ترجيح أحدهما راجع إلى الذات والآخر إلى الحال،

(قوله لابد وأن يكون من الولد التي أرضعته معرباً باللام) أقول: وأنت خير بأنه يصح المعنى بدون جعل الولد معرباً باللام، فإن امرأة إذا أرضعت صبية ثم جاء من المرضعة يفتح الضاد وله لا يجوز لك المرأة أن تزوج ولد مرضعتها (قوله فسر محمد رحمه الله الغلبة قال: إن لم يغير اللواء اللبن تثبت الحرمة الخ) أقول: فيه أن وضع المسألة في الاعتراض بالماء لا باللواء بلا يلزم هذا التفسير هنا، بخلاف ما قبله صاحب التلمية (قوله ولا ترجع إلا بعد التعارض) أقول: لا يتجه ذلك عليه بعد ما بين مراده بالتعارض بتفسيره فإنه نية أنه لا يريه به التعارض المصطلح، وكأنه يقول: إما ترجح الحرمة أن لم يكن دليل التنبه الحرمة رجحان على دليلها فيقابل (قوله لأن الحقيقة الخ)

المغلوب غير موجود حكما حتى لا يظهر في مقابلة الغالب كما في العين (وإن اختلط بالطعام لم يتعلق به التحريم) وإن كان اللبن غالبا عند أبي حنيفة رحمه الله. وقالا: إذا كان اللبن غالبا يتعلق به التحريم. قال رضي الله عنه: قولهما فيه إذا لم تحم النار، حتى لو طبخ بها لا يتعلق به التحريم في قولهم جميعا. ولما أن العبرة للغالب كما في الماء إذا لم يغيره شيء عن حاله. ولأن حنيفة رحمه الله أن الطعام أصل واللبن تابع له في حق المقصود فصار كالمغلوب،

الظاهر حكم الغالب، فكذلك في هذه الصورة لا يتعلق به التحريم لذلك، والظاهر أن حكم هذا القياس عدم اعتبار المغلوب شرعا لأعدم تعلق التحريم باختلاف حكم الأصل والفرع لأنه في الأصل حرمة شرب اللبن بلا ضرورة لاحتك حرمة اسم الله تعالى. وفي الفرع حل الشرب والسقي غير أنه يترتب عليه حرمة النكاح، وحينئذ للشافعي رحمه الله أن يقول: بل هناك فارق وهو بناء الإيمان على العرف والعرف لا يعتبر المغلوب، فلا يقال لشارب ماء فيه لبن مغلوب شرب لبنا إلا أن يقال مخلوطا فيقيدونه، وأما ما نحن فيه فالحرمة مبينة على الحقيقة وقد وجدت والموضع موضع الاحتياط ولا مدفع لهذا، إلا أن يقال إنه إذا كان مغلوبا بالماء فيكون غير منبث للهاب قوته، ولا عبرة بالمظنة عند تحقق الخلوة عن المنة هذا إذا اختلط بالماء، أما لو اختلط بالطعام فهي المسئلة التي ذكرها عقيب هذه، وقولهما فيها كقولهم في الاختلاط بالماء. وعند أبي حنيفة رحمه الله لا يتعلق به تحريم وإن غلب اللبن هذا إذا لم تحم النار، أما إن طبخ فلا تحريم مطلقا بالاتفاق (لما أن العبرة للغالب فصار كالماء إذا لم يغيره شيء عن حاله. ولأن حنيفة رحمه الله: أن الطعام أصل واللبن تابع فيه هو المقصود) وهو التغلبي، وهذا لأن خلط اللبن بالطعام لا يكون للرضيع إلا بعد تعوده بالطعام وتغلبه به، وعند ذلك يقل تغلبه باللبن ونشوؤه منه فقد اجتمع في جوفه ما يثبت وأحدهما أكثر وهو الطعام فيصير الآخر الرقيق مستهلكا فلا يثبت التحريم. فإن قيل: فرض المسئلة أن اللبن غالب في القصعة، أما عند رفع اللقمة إلى فيه فأكثر الواصل إلى جوفه الطعام حتى لو كان ذلك الطعام رقيقا يشرب اعتبرنا غلبة اللبن إن غلب وأثبتنا الحرمة، ثم قال المصنف: ولا معتبر بتقاطر اللبن هو الصحيح احترازا من قول من قال من المشايخ إن عدم إثبات أبي حنيفة رحمه الله الحرمة واللبن غالب هو إذا لم يكن متقاطرا عند رفع اللقمة، أما منه فيحرم اتفاقا لأن تلك القطرة إذا دخلت الجوف أثبت التحريم، والصحيح

والأول أوثق وموضعه الأصول. ويؤيد ما ذكرنا ما إذا وقع قطرة من الدم أو انقمر في جيب من الماء نجسه وإن غلب الماء حقيقة لأنه لم يكن غالبا حكما، لأن غلبة الماء في الحكم هو أن يكون عشرا في عشروما دونه في حكم القليل، فلم تكن الحقيقة معارضة للحكم بل كانت موجودة معه. وقوله (وإذا اختلط اللبن بالطعام) واضح. وقوله (لا يتعلق به التحريم في قولهم جميعا) يعني سواء كان غالبا أو مغلوبا، أما إذا كان مغلوبا فظاهر، وأما إذا كان غالبا فإنه إذا طبخ بالطعام يصير اللبن تبعا للطعام وإن كان غالبا حتى لا يسمى لبنا مطلقا. وقوله (فصار كالمغلوب) فيه نظر لأن المغلوب غير موجود حكما، أما ما لم يكن مغلوبا أو يكون كالمغلوب فلا تسلم أنه ليس

أقول: في الحقيقة المجردة عن الحكم لا أن الحكم يتنازع فيه (قوله وموضعه الأصول) أقول: في باب المعارضة والتمسح (قوله ويؤيد ما ذكرنا) أقول: يعني قوله الحقيقة لتمام الحكم (قوله فيه نظر لأن المغلوب غير موجود حكما الخ) أقول: يريد المصنف أنه يصير كالمغلوب حقيقة في أنه غير موجود لكونه غير مقصود حكما، وحاصله قياس محل الخلاف على الوفاق، وجعل الكاف زائفة لا يفيد لأنه إن أريد أنه مغلوب حقيقة فظاهر أنه ليس كذلك، وإن أريد أنه مغلوب. حكما من حيث أنه ليس بمقصود في التشبيه أيها يقول إليه.

ولا معتبر بتقاطر اللبن من الطعام عنده هو الصحيح لأن التغلى بالطعام إذ هو الأصل (وإن اختلط بالدواء واللبن غالب تعلق به التحريم) لأن اللبن يبقى مقصودا فيه ، إذ الدواء لتقويته على الوصول ، وإذا اختلط اللبن بلبن الشاة وهو الغالب تعلق به التحريم (وإن غلب لبن الشاة لم يتعلق به التحريم) اعتبارا للغالب كما في الماء (وإذا اختلط لبن امرأتين تعلق التحريم بأغلبهما عند أبي يوسف رحمه الله) لأن الكل صار شيئا واحدا فيجعل الأكل تابعا للأكثر في بناء الحكم عليه (وقال محمد) وزفر (يتعلق التحريم بهما) لأن الجنس لا يغلب الجنس فإن الشيء لا يصير

إطلاقا لعدم الحرمة لأن التغلى حيثنذ بالطعام والتغلى مناط التحريم (قوله فإن اختلط) أي اللبن بالدواء . حاصله أنه كالماء لأن اللبن إذا كان غالبا مع الدواء ظهر قصدان الدواء لتقويته وعلى هذا إذا اختلط بالدهن أو الزيت تعلق به التحريم سواء أوجر بذلك أم استعط (قوله وإذا اختلط اللبن بلبن شاة فإن كان الغالب لبن الأممية تعلق التحريم بشرب الصغير (ربه) أولين الشاة لا يتصل به تحريم لأن لبن الشاة لما لم يكن له أثر في إثبات الحرمة كان كالماء فيعتبر الغالب ، ولو تساوى وجب ثبوت الحرمة لأنه غير مطلوب فلم يكن مستهلكا (قوله وإذا اختلط لبن امرأتين تعلق التحريم بأغلبهما عند أبي يوسف رحمه الله) وبه قال الشافعي . وقال محمد ثبتت الحرمة منهما جميعا وهو قول زفر . وعن أبي حنيفة روايتان رواية كقول أبي يوسف ورواية كقول محمد . وجه قول أبي يوسف جعل الأكل تابعا للأكثر . ووجه قول محمد أن الجنس لا يغلب جنسه فلا يستهلك فيه فلم يكن شيء منهما تبعا . للأخر فيثبت

بوجود . والجواب أن هذه مناقشة لفظية تتلغج يجعل الكاف زائدة . وقوله (هو الصحيح) احتراز عن قول بعضهم في قول أبي حنيفة إن ذلك عنده إذا لم يتقاطر اللبن من الطعام عند حل اللقمة ، فأما إذا كان يتقاطر منه فتثبت به الحرمة عنده لأن القطرة من اللبن إذا دخلت حلق الصبي كانت كافية لإثبات الحرمة . والأصح أنه لا يثبت على كل حال عنده لأن التغلى بالطعام هو الأصل دون اللبن ، والمعتبر لما يقع به التغلى الموجب لإثبات اللحم ، وإن خلط بالدواء واللبن غالب فيه تعلق التحريم به لأن اللبن يبقى مقصودا فيه حيث جعل غالبا والدواء يخلط به ليقويه على الوصول إلى ما لا يصل إليه بانفراده . فإن قلت : إذا كان الدواء لتقويته على الوصول وجب أن يستوى الغالب والمخلوب لأن وصول قطرة منه يحرم . قلت : النظر ههنا إلى المقصود ، فإن كان غالبا كان القصد إلى التغلى به والدواء لتقويته على الوصول ، وإذا كان مخلوبا كان القصد إلى التلاوي واللبن لتسوية الدواء ، يلوح إلى هذا قوله وإذا خلط دون اختلط ، وقوله لأن اللبن يبقى مقصودا . قال (وإذا اختلط اللبن بلبن شاة) . صورة المسئلة ظاهرة ، وكذا تعليل أبي يوسف في المسئلة الثانية لما ذكرنا أن المخلوب كالمستهلك لعدم بقاء منفعة ، كما إذا صب كوز من الماء العذب في البحر . ووجه قول محمد وزفر أن الغلبة ههنا غير متصورة لأن الجنس لا يغلب الجنس ، إذ الغلبة بالاستهلاك والشيء لا يصير مستهلكا في جنسه لأن الاستهلاك بفوات منفعة المستهلك ، وذلك يقتضي اختلاف المقصود ، والمقصود هنا متحد ، وإذا لم يتصور الغلبة كانا متساويين في المقصود فيتحقق الرضاع من القليل صورة ومعنى فتثبت الحرمة بهما جميعا ، وعن أبي حنيفة في هاتين روايتان : في رواية قوله كقول أبي يوسف وبه قال الشافعي في قول ، وفي رواية كقول محمد وزفر . وأصل المسئلة في الأيمان فيما إذا حلف لا يشرب من لبن هذه البقرة فخلط لبنها بلبن بقرة أخرى وهو غالب فشر به فهو على هذا

(قوله لأن وصول قطرة منه يحرم) أقول : أظهر أن يقول بذلك لأن اللبن من المقصود ثم منع ذلك في الجواب إذا كان مخلوبا .

مستهلكا في جنسه لايجاد المقصود . وعن أبي حنيفة في هذا روايتان ، وأصل المسئلة في الإيمان (وإذا نزل للبكر لين فأرضعت منه) يتعلق به التحريم (لإطلاق النص) ولأنه سبب النشوء تثبتت به شبهة البعضية (وإذا حلب لبن المرأة بعد موتها فأوجر الصبي يتعلق به التحريم) خلافا للشافعي ، هو يقول : الأصل في ثبوت الحرمة إنما هو المرأة ثم تتعدى إلى غيرها بواسطة ، وبالموت لم تبق علائها ، ولهذا لا يوجب وطؤها حرمة المصاهرة . ولنا أن السبب هو شبهة الجزئية وذلك في اللبن بمعنى الإنشاز والإنبات وهو قائم باللبن ، وهذه الحرمة تظهر في حق الميتة دفنا

التحريم من كل منهما استقلا . قال (وأصل المسئلة في الإيمان) إذا حلب لا يشرب لبن هذه البقرة فخلط لبنها بلبن بقرة أخرى فشر به . ولبن البقرة المحلوب عليها مغلوب في النهاية والدرابة هو على الخلاف الذي بيننا . وقال شارح : عند محمد يبحث وعندنا لا يبحث . ولا يخفى أنه إنما يكون أصلا للخلاف إذا كان على ما في النهاية وكان ميل المصنف إلى قول محمد حيث أخر دليله فإن الظاهر أن من تأخر كلامه في المناظرة كان القاطع للآخر . وأجمله أن السكوت ، ظاهر في الانقطاع ، ورجح بعض المشايخ قول محمد أيضا وهو ظاهر . وقوله (وإذا نزل للبكر لين يتعلق به التحريم لإطلاق النص) ولأنه سبب النشوء) وعليه الأربعة إلا في رواية عن الشافعي رحمه الله ، ورواية عن أحمد لأنه نادراً شبه لبن الرجل . قلنا نظرية الوجود لا تمنع عمل الدليل إذا وجد ، وسندكر له تنمة (قوله وإذا حلب لبن امرأة بعد موتها فأوجر به صبي يتعلق به التحريم) وبه قال مالك وأحمد (خلافا للشافعي ، هو يقول الأصل في ثبوت الحرمة إنما هو المرأة ثم تتعدى الحرمة إلى غيرها بواسطة وبالموت لم تبق علائها ، ولهذا) أي لعدم الحلية (لا يوجب وطؤها حرمة المصاهرة . ولنا أن السبب الجزئية) وحاصله إلغاء الفارق بين الإجماعية وهي ما إذا كانت حية ، والخلافية وهي ما إذا كانت ميتة وهو موتها ، لأن حياتها ليس جزء السبب لتنفى الحرمة بانتفائه بل حصول الجزئية تمام الحكمة لقوله صلى الله عليه وسلم « لا يحرم من الرضاع إلا ما أنبت اللحم » الخ ، وهو حاصل بلبن الميتة والارتضاع تمام العلة ، وموتها غير مانع لأن مانعته إن أضيفت إلى انتفاء حليتها مطلقا للحكم

الاختلاف ، عند أبي يوسف لا يبحث لأن المغلوب كالمستهلك ، وعند محمد يبحث لأن الشيء يتكرر بنفسه ولا يصير مستهلكا . وقوله (وإذا نزل للبكر لين) ظاهر . قوله (وإذا حلب لبن المرأة بعد موتها فأوجر الصبي يتعلق به التحريم خلافا للشافعي) قيد بالموت ، لأنه لو حلب قبل الموت وأوجر بعد الموت كان قوله كقولنا على الأظهر . هو يقول الأصل في ثبوت الحرمة إنما هو المرأة لأن الحرمة تثبت بينهما ثم تتعدى منها إلى غيرها بواسطة وبالموت لم تبق علائها لعدم القابلية ، ولهذا لا يوجب وطؤها حرمة المصاهرة لأنها الأصل في الحرمة ولم تبق علائها حتى تتعدى إلى غيرها . ولنا أن السبب هو شبهة الجزئية وذلك في اللبن بمعنى الإنشاز والإنبات ، وهو قائم باللبن لأن الموت لم يخرج عن كونه مغزيا كما أنه لم يخرج لحمه عن ذلك والقائدة لم تنحصر في ظهور الحرمة فيها بل تظهر في الميتة دفنا وتيمما بأن كان لهذه المرضعة التي أوجر لبن هذه الميتة في نفسها زوج فإن لهذا الزوج أن يدفن وييمم الميتة لأنه صار محرما لها حيث صارت أم امرأته . وقوله وأما الحرمة جواب عن قوله ولهذا لا يوجب وطؤها حرمة المصاهرة : يعني أن حرمة المصاهرة بالوطء إنما تثبت بملاقاتها يجعل الحُرث تثبتت به الحرمة وعمل الحُرث قد زال

(قوله وبالموت لم تبق علائها لعدم القابلية ولهذا لا يوجب وطؤها حرمة المصاهرة لأنها الأصل في الحرمة الخ) أقول : ولك أن تقول : لو صح هذا العمل يلزم أن لا تثبت الحرمة معه قبل الوطء لو حلب قبل الموت وأوجر بعده إلا أن يقال يثبت بالإنداد ، وفيه بحث

وتينما. أما الحرمة في الوطء لكونه ملاحيا لخل الحرث وقد زال بالموت فافترقا (وإذا احتضن الصبي باللين لم يتعلق به التحريم) وعن محمد أنه ثبتت به الحرمة كما يفسد به الصوم . ووجه الفرق على الظاهر أن المفسد في الصوم لإصلاح البدن ويوجد ذلك في الدواء. فأما الحرم في الرضاع فعلى التشبه ولا يوجد ذلك في الاحتقان لأن المغلى

منعناه لثبوت بعضها ، كما لو تزوج رجل بهذه الصبية في الحال حل له دفن الميتة وعمها لأنها عمره أم زوجته ، وأيضا بالنسبة إلى غيرها ، حتى لا يجوز له الجمع بين الرضعية وبنت الميتة لأنهما أختان ، أو بالنسبة إلى حرمة نكاحها فقط منعنا تأثيره في إفادة المانعة بل يفسدها انتفاء الحكم مطلقا ، فإن بين المانعة بأن الحكم وهو حرمة النكاح ثبتت أولا فيها ثم يتعدى . قلنا إن أردت أنه لا يتعدى إلى غيرها إلا بعد ثبوته فيها منعناه ، بل ذلك عند اتفاق عليها حيثك مع أن الحرمة إنما تثبت في الكل معا شرعا ، والتقدم في الأم ذاتي لا زمني ، فإذا تحقق المانع في حقها ثبت فيمن سواها ، ولو علل ابتداء تنجاسة اللبن أو الحرمة كرامة إذ فيه تكثير الأعوان على المقاصد والسكن والموت تنجس ، فإن أراد عينا منعناه ، بل لبن الميتة الطاهرة طاهر عند أبي حنيفة ، وقد أسلفنا توجيهه بأن التنجس بالموت لما حلته الحياة قبله وهو متفق في اللبن وقد كان طاهرا فينبق كذلك لعدم المنجس إذ لم يطرأ عليه سوى الخروج من باطن إلى ظاهر ، والمحقق من الشرع فيه أنه لا يوجب تغير وصفه ، بخلاف البول ، وأبو يوسف ومحمد إنما قالا : تنجسه بالمجاوزة للوعاء التنجس وهو غير مانع من الحرمة ، كما لو حلب في إناء نجس وأوجر به الصبي تثبت الحرمة ، وإن أراد التنجس منعناه لما ذكرناه . والوجوب : الدواء يصب في الحلق قسرا يفتح الواو . والسقوط صبه في الأنف ، ويقال أوجرته ووجرته (قوله أما الحرمة في الوطء) جواب عن قياسه على عدم حرمة المصاهرة بوطئها بالفرق وهو أن سبب الحرمة في الرضاع الإنبات والتشبه بواسطة التغذي وفي حرمة المصاهرة الجزئية الحاصلة بواسطة الولد ، ولا يتصور الولد بعد الموت فلم تتصور الجزئية ، بخلاف الجزئية المتبعة في الرضاع لأنها واقعة في ارتضاع لبن الميتة (قوله وإذا احتضن) قال في المغرب : الصواب حقن إذا حولج بالحقنة واحتضن بالصبي غير جائز عندهم . قال في النهاية : لكن ذكر في تاج المصادر الاحتقان حقنه فردن فجعله متعبدا ، فعلى هذا يجوز استعماله على بناء المفعول التهيى . يريد أن يمنع البناء للمفعول على ما في المغرب لعدم التعدى وإذ قد نص صاحب تاج المصادر على ما يفيد أنه متعدد لم يكن بناؤه للمفعول خطأ ، وهذا غلط لأن ما في تاج المصادر من التفسير لا يفيد تعدية الاتصال منه للمفعول الصريح كالصبي في عبارة النهاية حيث قال : وإذا احتضن الصبي بل إلى الحقنة وهي آلة الاحتقان والكلام في بناؤه للمفعول الذي هو الصبي ، ومعلوم أن كل قاصر يجوز بناؤه للمفعول بالنسبة إلى المجرور والظرف كجلس في الدار ومر يزيد ، وليس يلزم من جواز البناء باعتبار الآلة والظرف مجوازه بالنسبة إلى المفعول ، بل إذا كان متعبدا إليه بنفسه ، ثم الاحتقان باللين لا يوجب الحرمة من غير ذكر خلاف بين أصحابنا في كثير من الأصول وهو قول الأئمة الأربعة ، وكذا لا يثبت بالإقطار في الإحليل والأذن والحنجرة والآفة كنا أطلقه بعضهم ، ونص آخرون على أنه إذا وصل إلى الحرف ثبت الحرمة ، وبعضهم ذكر أنه روى عن محمد ثبوت الحرمة بالحقنة . وجه الظاهر أن المتناط بطريق الجزئية وليس ذلك في الأصل من الباطل بل إلى المعلة

بالموت فافترقا . وقوله (وإذا احتضن باللين) قال في النهاية : ضوايه حقن لا احتضن ، يقال حقن المريض دواؤه بالحقنة ، واحتضن الصبي غير صحيح لعدم قدرته على ذلك في مدة الرضاع ، واحتضن مبنيا للمفعول غير جائز فتبين حقن . ولكن ذكر في تاج المصادر الاحتقان حقنه كردن فجعله متعبدا فعلى هذا يجوز استعماله مبنيا

(قوله قال في النهاية : ضوايه ، إلى قوله : في استعمال الفقهاء) أقول : إلى هنا كلام النهاية .

وصوله من الأعلى (وإذا نزل للرجل لين فارضع به صبياً لم يتعلق به التحريم) لأنه ليس بلبن على التحقيق فلا يتعلق به النشوء والنحو ، وهذا لأن اللبن إنما يتصور ممن يتصور منه الولادة (وإذا شرب صبيان من لبن شاة لم يتعلق به التحريم) لأنه لاجزية بين الآدى والبهايم والحمة باعتبارها

وذلك من الأعلى قطع ، والإقطار في الإحليل غاية ما يصل إلى المثانة فلا يتغذى به الصبي ، وكذا في الأذن لضيق القصب ، وفيه نظر لتصريحهم بالفطر بإقطار اللبن في الأذن لسريانه فيصل إلى باطنه ولا يمنعه ضيق الأوجه كونه ليس مما يتغذى به وينبت وإن حصل به رفق من ترطيب ونحوه ، والمقصد في الصوم لا يتوقف عليه كما في الحصى والحديد والوجور والسعوط تثبت به الحرمة اتفاقاً (قوله وإذا نزل للرجل لين فارضع به صبياً لم يتعلق به تحريم) لأنه ليس بلبن على التحقيق فلا يتعلق به النشوء والنحو ، وهذا لأن اللبن إنما يتصور ممن يتصور منه الولادة (وقد يذكر في بعض الحكايات أنه اتفق لرجل إرضاع صغير ، فإن صبح فهو من خوارق العادات لا يبيح الله بغيره) ، وعلى هذا يلزم أنه لو نزل ليكرم لم يبلغ سن البلوغ لين لا يتعلق به التحريم ، وبحكم بأنه ليس لبناً ، كما لو نزل للكر ماء أصفر لا يثبت من إرضاعه تحريم ، والوجه الفرق بعدم التصور مطلقاً ، فإذا تحقق لبناً تثبت الحرمة ، بخلاف الرجل لأن الحكم لازم دائماً بأنه ليس بلبن (قوله وإذا شرب صبيان من لبن شاة فلا رضاع يحرم بينهما) لأنه لاجزية بين الآدى والبهايم والحرمة باعتبارها (اعلم أن ثبوت الحرمة بالرضاع بطريق الكرامة للجزئية لأن الوطء ابتدالاً وبهتان وإلحاق ، ولهذا روى عنه صلى الله عليه وسلم قاله التكاح رفق فليظن أحدكم أين يضع كريمة ولا يحسن صلوه من مستفيد جزء بنفسه وحياته لمفليها إذا كان الرضيع صبياً بالنسبة إلى المرضعة تكروماً لها ، وجعل في الشرع أمه له بسبب أن جزأها صار جزءاً كإن الأم من النسب كذلك إذا جزؤه جزؤها وجزؤه الآخر جزء الأب ، والبهايم ليست بهذه المرتبة في اعتبار خالقها جل ذكره وإنما خلقها لابتدال

للفطر وهو الأكثر في استعمال الفقهاء ، وكلامه ظاهر) (قوله وهذا لأن اللبن إنما يتصور ممن يتصور منه الولادة) بيانه أن الله تعالى خلق اللبن في الأصل لغذاء الولد لعدم احتياله لسائر الأطعمة والأشربة في ابتداء حاله ليقيم مقام الطعام والشراب ، فلذلك اختص اللبن على التحقيق ممن يتصور منه الولادة كلها في النهاية ، وهذا لا يقيد الاختصاص ممن يتصور منه الولادة إذا تأملت لكن اختصاصه بالأنثى الولود من الحيوان وهو الذي يكون أنثى لا صموخاً في غير الآدى مما هو ثابت بالاستقراء لم يختلف ، وهو دليل على أن ما في الآدى في الذكر ليس بلبن على التحقيق ككلم البسمك (وإذا شرب صبيان من لبن شاة لم يتعلق به التحريم لأنه لاجزية بين الآدى والبهايم والحرمة باعتبارها) وذكر في المبسوط في هذا حكاية وهي أن محمد بن إسماعيل البخاري صاحب الأخبار كان

(قوله فلذلك اختص اللبن على التحقيق ممن يتصور منه الولادة) أقول : لأنه هو الذي لا لا كور (قوله لكن اختصاصه بالأنثى الولود من الحيوان وهو الذي يكون أنثى لا صموخاً في غير الآدى) مما هو ثابت بالاستقراء لم يختلف (أقول : قوله مما هو ثابت خبر لكن وقوله هو راجع إلى الولود قال ابن خلكان في ترجمة يزيد بن المقفع : السرب تقول كل مسكة تبيض وكل شرافة تلد ، السكاك التي لأذن لها ، والشراف : التي لها أذن طرية ، وأضابط منجم أنه كل حيوان له أذن ظاهرة فإنه يلد ، وكل حيوان ليس له أذن ظاهرة فإنه يبيض (قوله وهو دليل على أن ما في الآدى في الذكر ليس بلبن) أقول : في دلالة ما ذكره عليه بحث ، إلا أن براد القحطانية التفسيرية وظنها يوجد فيها نقله من النهاية أيضاً ، ثم اعلم أن قوله هو راجع إلى الاستقراء .

(وإذا تزوج الرجل صغيرة وكبيرة فأرضعت الكبيرة الصغيرة حرمتا على الزوج) لأنه يصير جامعا بين الأم والبنت رضاعا وذلك حرام كالجمع بينهما نسا (ثم إن لم يدخل بالكبيرة فلا مهر لها) لأن الفرقه جاءت من قبلها

الأدنى لها على إجماع الابتدال المأذون فيه من مالها سببها ، قال تعالى - والأنعام خلقها لكم فيها دماء ومنافع - وفي آية أخرى - فيها ركوبهم ومنها يأكلون - وهو سببها مالك الأشياء والحكيم على الإطلاق والعلم بالقوابل التي بها يحصل التفصيل الذنبوي ، فلم يثبت سببها بواسطة الاغتذاء بلينها ، بل ولحمها وحصول الجزء منه مزية لها على الأدنى توجب مثل ما توجب لمساويه في نوعه من الإكرام والاحترام ، فلم تعتبر الشاة أم الصبي وإلا لكان الكبش أباه ، والأخية فرع الأمية ، وكلنا صائر الحرام بعدها إنما تثبت بتبعية الأمية حتى الأبوية فإنه لا جزء في الرضيع منه ، بخلاف الأب من النسب لأن جزاء انفصل في ولده الذي نزل اللبن بسببه ولم يستقر في المرأة شيء منه بحيث يكون في لبنها جزء منه فكيف واللبن إنما يتولد من الغذاء ، والكانن من ماء الرجل إنما يصل من أسفل والتغذي لبقاء الحياة والجزء لا يكون إلا ما يصل من الأهل إلى المعلقة ولكن لما أثبت الشرع أمية زوجته من إرضاع لبن هو سبب فيه أثبت لهوية الرجل الأبوة وخين لأم ولا أب فلا إخوة ولا تحريم . ونقل أن الإمام محمد بن إسماعيل البخاري صاحب الصحيح أفق في بخاري بثبوت الحرمة بين صبي ارتضعا شاة فاجتمع علمواؤها عليه وكان سبب خروجها منها ، والله سبحانه أعلم . ومن لم يلق نظره في مناطات الأحكام وحكمها كثر خطؤه وكان ذلك في زمن الشيخ أبي حفص الكبير ومولده مولد الشافعي فلينها معا ولذا في العام الذي توفي فيه أبو حنيفة وهو عام خمسين ومائة (قوله وإذا تزوج الرجل صغيرة رضيعا وكبيرة فأرضعت الكبيرة الصغيرة حرمتا على الزوج) لأنه صار جامعا بين الأم والبنت من الرضاعة وذلك حرام كالجمع بينهما نسا (ثم حرمة الكبيرة حرمة مؤبدة لأنها أم امرأتها ، والمقد على البنت يحرم الأم . وأما الصغيرة فإن كان اللبن الذي أرضعته به الكبيرة نزل لها من ولد ولده للرجل كانت حرمتها أيضا مؤبدة كالكبيرة لأنه صار أبها لها ، وإن كان نزل لها من رجل قبله ثم تزوجت هذا الرجل وهي ذات لبن من الأول جاز له أن يتزوجها ثانيا لانقضاء أبوتها لها ، إلا إن كان دخل بالكبيرة فينأى أيضا لأن الدخول بالأم يحرم البنت ، وأما حكم المهر فلا يجب للكبيرة إن لم يكن دخل بها لأن الفرقه جاءت من قبلها قبل الدخول وهو الإرضاع وهو مسقط لنصف المهر كرتها . وتقبلها ابن الزوج ، وتعليل السقوط بإضافة الفرقه إليها يعرف منه أن الكبيرة لو كانت مكروهة أو نائمة فارتضعتا الصغيرة أو أخذ شخص لبنها فأوجبه الصغيرة أو كانت الكبيرة مجنونة كان لها نصف المهر لانقضاء إضافة الفرقه إليها ، وإن كان دخل بها فلها كمال المهر لكن لانقضاء عدتها لها لجنايتها إن لم تكن مجنونة ونحوها . وأما الصغيرة فلا تنصّر الدخول بالرضيعه فعليه لها نصف مهرها لأن الفرقه وقعت لا من جهتها ، والارتضاع وإن كان فعلها وبه وقع الفساد لكن فعلها لا يؤثر في إسقاط حقها

يقول : تثبت به حرمة الرضاع ، فإنه دخل بخاري في زمان الشيخ أبي حفص الكبير وجعل يقضي فقال له الشيخ لا تفعل فإنك لست هناك ، فأبى أن يقبل نصحه حتى استغنى عن هذه المسئلة فأبى بثبوت الحرمة فاجتمعوا وأخرجوه من بخاري . قال (وإذا تزوج الرجل صغيرة وكبيرة فأرضعت الكبيرة الصغيرة حرمتا على الزوج) لأنه يصير جامعا بين الأم والبنت رضاعا وذلك حرام كالجمع بينهما نسا (فأما الكبيرة فإن حرمتها مؤبدة ، وكذلك الصغيرة إن كان دخل بالكبيرة ، وإن لم يدخل بها جاز الزوج بالصغيرة لأنها ربيبة لم يدخل بأمرها) (ثم إن لم يدخل بالكبيرة فلا مهر لها) إن تعمدت الفساد أو لم تتعمد (لأن الفرقه جاءت من قبلها) قبل الدخول بها وللصغيرة

قبل الدخول بها (والصغيرة نصف المهر) لأن الفرقه وقعت لامن جهتها، والارتضاع وإن كان فعلا منها لكن فعلها غير معتبر في إسقاط حقها كما إذا قتلت مورثها (ويرجع به الزوج على الكبيرة إن كانت تعمدت به الفساد، وإن لم تعمد فلا شيء عليها، وإن علمت بأن الصغيرة امرأته) وعن محمد رحمه الله أنه يرجع في الوجهين، والصحيح ظاهر الرواية لأنها وإن أكلت ما كان على شرف السقوط وهو نصف المهر وذلك يجري مجرى الإتلاف لكنها مسبية فيه، إما لأن الإرضاع ليس بإفساد للتكاثر وضعا وإنما ثبت ذلك باتفاق الحال،

لعلم خطاها بالأحكام وصار كما لو قتلت مورثها فإنها ترثه ولا يكون قتلها موجبا لحرماتها شرعا، ولأنها مجبورة بحكم الطبع على الارتضاع، والكبيرة في إلقائها الثدي مختارة فصار كمن أتى حية على إنسان فلسسته ضمن لأن السلع لها طبع فاضيت إليه. وأورد عليه ما لو ارتدت أبوا صغيرة متكوحة ولحقها بها دار الحرب بانت من زوجها ولا شيء لها من المهر ولم يوجد القتل منها أصلا فضلا عن كونه وجد ولم يعتبر. أجيب بأن الردة محظورة في حق الصغيرة أيضا على ما مر، وإضافة الحرمة إلى ردتها التابعة لردة أبيها، بخلاف الارتضاع لاحظ له فلتستحق النظر فلا يسقط المهر. وهل يرجع به على الكبيرة إن تعمدت الفساد؟ يرجع به عليها والإلا يرجع، وتعتمد بأن تعلم قيام التكاثر وأن الرضاع منها مفسد وتعتمد لا لدفع الجوع أو الملاك عند خوف ذلك، فلو لم تعلم التكاثر أو علمته ولم تعلمه مفسدا أو علمته مفسدا ولكن خافت الملاك أو قصدت دفع الجوع لا يرجع، والقول قول الكبيرة

قبل الدخول بها (والصغيرة نصف المهر لأن الفرقه لم تجزى من قبلها) فإن قيل: العلة للفرقة الارتضاع وهي فعلها فلم لم تضف الفرقه إليها؟ أجاب بقوله (والارتضاع وإن كان فعلا منها لكن فعلها غير معتبر شرعا في إسقاط حقها) ألا ترى أنها لو قتلت مورثها لم تجزى من الميراث. واعترض عليه بصغيرة مسلمة تحت مسلم ارتد أبواها ولحقها بها بدار الحرب بانت من زوجها ولا يضيء لها شيء من المهر ولم يرتحل فعل منها. والجواب: إنا قد قلنا كلما وقعت الفرقه بفعل من جهتها أسقطت حقها ولم يلزم أن كلما لم تقع الفرقه بفعل من جهتها لم يسقط حقها لأنه إذا لحقها أمر أخرجهما عن غلبة التكاثر كالمردة الحاصلة بتبعية الأبوين أسقط حقها (ويرجع به) أي بما أدى من نصف مهر الصغيرة (على الكبيرة إن كانت تعمدت الفساد) بأن قصدت بالإرضاع إفساد التكاثر (وإن لم تعمد) بأن قصدت دفع الملاك عنها جنوا فلا شيء عليها وإن علمت أن الصغيرة امرأة زوجها. وعن محمد أنه يرجع عليها في الوجهين (جميعا يعني في تعلم الفساد وعلمه لأن من أصله أن المسبب كالمباشر ولهذا جعل فتح باب القصاص والإصطبل وحل قيد الأبوين موجبا للضمان على ما عرفت في الأصول، وفي المباشرة المتصل وغير المتصل سواء فكذا في التسبب (والصحيح) ظاهر الرواية لأنها وإن أكلت ما كان على شرف السقوط وهو نصف المهر) بتقيل ابن الزوج إذا بلغت حدا تشبه (وذلك يجري مجرى الإتلاف) في إيجاب الضمان (لكنها مسبية في ذلك) بالتأكيد لا مبالغة (إما لأن الإرضاع ليس بإفساد للتكاثر وضعا) لأن وضعه لتربية الصغير لا لإفساد للتكاثر، وإنما ثبت الإفساد

(قوله وامرؤ من قبله، إل قوله: ولا يضيء لها جوع من المهر الخ) أقول: لو صح ما ذكرتم يلزم أن يضيء لها بالمهر هذا طريق الأول (قوله والجواب إنا قد قلنا كلما وقعت الفرقه بفعل من جهتها أسقطت حقها الخ) أقول: فيه بحث، والأصوب لا يسقط حقها، ويجوز أن يقال للتيسير في قوله من جهتها وحققنا راجع إلى المرأة الكبيرة دون الصغيرة، إذ لا فعل منها شرعا لئلم اختاره فليعلم (قوله وإن أكلت ما كان على شرف السقوط وهو نصف المهر بتقيل ابن الزوج) أقول: قوله هو راجع إل ما، وقوله بتقيل مطلق بقوله شرف (قوله إذا بلغت حدا تشبه) أقول: يعني الصغيرة المرفسة (قال المصنف: لكننا مسبية فيه، إما لأن الإرضاع ليس بإفساد للتكاثر الخ)

أو لأن إفساد النكاح ليس بسبب لإلزام المهر بل هو سبب لسقوطه ، إلا أن نصف المهر يجب بطريق المنفعة على

في ذلك مع يمينها لأنه لا يعرف إلا من جهتها . وعن محمد أنه يرجع في الوجهين ما إذا قصدت الفساد وما إذا لم تقصده . والصحيح ظاهر الرواية عنه وهو قولهما لأنها : أي الكبيرة وإن أكدت ما كان على شرف السقوط وهو نصف المهر بأن تكبر الصغيرة فتضل ما يسقطه ، وذلك أي تأكد ما هو على شرف السقوط يجري مجرى الإلتلاف كشهود الطلاق قبل الدخول إذا رجعوا يضمنون نصف المهر للكل لكنها مسبية فيه لا مباشرة ، لأن إلقاء التلويح شرط للفساد لا علة له ، بل العلة فعل الصغيرة الارتضاع فكانت الكبيرة مباشرة للشرط العقلي ، وهذا ظاهر ، غير أن المصنف بين كونها مسبية بأن فعل الإرضاع ليس موضوعا لإفساد النكاح بل لتفدية الصغير وتربيته ، وإنما ثبتت الفساد باتفاق صيروتها أما ويتأ تحت رجل ، وإما لأن إفساد النكاح الكائن بصنعها ليس بسبب لإلزام المهر شرعا بل لإسقاطه ، ثم يجب نصف المهر بطريق المنفعة على ماعرف من أن وجوبه لا يقاس بل بالنقص ابتداء جزيا للإيضاح وهو معنى الوجوب بطريق المنفعة ، لكن من شرطه بطلان النكاح ، وقد وجد فيها نحن فيه ، ولا يخفى أن هذا الترتيب بعينه يجري في مباشرة العلة بأن يقال : الارتضاع ليس بإفساد النكاح وضعا ، والإفساد ليس بسبب لإلزام المهر شرعا بل لإسقاطه الخ ، وليس هو مسببا فاعول عليه في كونه سببا ما بيننا ، وإذا كانت مسببة يشترط فيه : أي في لزوم الضمان التعدي كحضر المهر تسبب للهلاك ، فإن كان في ملكه لا يضمن ماثل فيه أو في غيره ضمنه للتعدي فيه ، وإنما تكون متعديا بمجموع العلمين والتعدي على ما تقدم . واعلم أن توجيه ظاهر الرواية بهذا لا ينهض على محمد إذا كان من أصله أن المسبب كالإيثار ولهذا جعل فتح باب التفصيص والإصطبل وحل قيد الآتي موجبا للضمان لأن حاصل هذا أنه مسبب فيشترط التعدي ، وهو لا يلزم اشتراط التعدي فيه وإنما ينهض الاستدلال على أن المسبب لا يلحق بالمباشر . هذا واستشكل الترخيم بقصد الفساد بما إذا قتل رجل زوجة

باتفاق الحال لتأديته إلى الجمع بين الأم والبنت في ملك رجل نكاحا ، أو لأن إفساد النكاح ليس بسبب لإلزام المهر لأنه غير مضمون بالاتفاق لكونه غير متقوم في نفسه لأنه ليس بملك عين ولا منفعة على التحقيق ولهذا لا يقدر على بيعه وهبته وإعارة ، وإنما هو ملك ضروري يظهر في حق الاستيفاء ، بل هو سبب لسقوطه لأن ما يفوت به البذل يفوت به البذل أيضا . وتقرير كلامه : الكبيرة بإرضاعها مسببة في تأكيد ما كان على شرف السقوط لا مباشرة لأن الإرضاع ليس بإفساد النكاح وضعا كما تقرر . سلمنا أن الإرضاع إفساد النكاح لكن إفساده ليس بسبب لإلزام المهر لما تقرر أيضا . فإن قيل : إذا لم يكن سببا للإلزام كيف وجب على الزوج نصف

أقول : كيف يكون ذلك وجهها لظاهر الرواية عن محمد وأصله أن المسبب كالإيثار فتأمل . قال الإقناني : ما كان يحتاج المصنف إلى الكلمة الاستدلال بين اسم أن وغيرها لأنه لا يصح أن يقال : إن زينا لكه مطلق ، وهذا لأن قوله مسببة وغيره لأن في قوله لأنها وإن أكدت الخ أم . وأنت غير بأن مسببة غير لكن وغير إن علوف : أي ليست بمباشرة (قوله أول أن إفساد النكاح ليس بسبب لإلزام المهر لأنه غير مضمون بالإلتلاف لكونه ، إل قوله : وإنما هو ملك ضروري يظهر في حق الاستيفاء بل هو سبب لسقوطه) أقول : الضمير في لأنه راجع إلى النكاح أيضا ، وقوله هو في قوله هو ملك راجع إلى النكاح أيضا ، وقوله بل هو ناظر إلى قوله ليس بسبب ، وضريح سقوطه راجع إلى المهر (قال المصنف : إلا أن نصف المهر يجب بطريق المنفعة) أقول : قال الإقناني : ولعلنا أن يقول : لا سلم أن طريقه طريق المنفعة لأن المنفعة إنما تجب في الطلاق قبل الدخول إذا لم توجد التسمية وهنا التسمية موجودة ، ولهذا يجب نصف المهر ، ولأنه لو وجب بطريق المنفعة لا يسبب لإلزام المهر لو وجب ثلاثة أبواب لإتصاف المهر انتهى . ونحن نقول : مراد المصنف أن وجوب نصف المهر على وجوب التسمية

ما عرف ، لكن من شرطه إبطال النكاح ، وإذا كانت مسببة يشترط فيه التعدى كحفر البئر ثم إنما تكون متعدية إذا علمت بالنكاح وقصدت بالإرضاع الفساد ، أما إذا لم تعلم بالنكاح أو علمت بالنكاح ولكنها قصدت دفع الجوع والملاك عن الصغيرة دون الفساد لا تكون متعدية لأنها مأمورة بذلك ، ولو علمت بالنكاح ولم تعلم بالفساد لا تكون متعدية أيضا ، وهذا منا اعتبار الجهل لدفع قصد الفساد لا لدفع الحكم

آخر قبل الدخول فإنه يقضى على الزوج بالمهر ولا يرجع به على القاتل . والجواب أن قتله مستعقب لوجوب القصاص أو الدية فلا يجب شيء آخر يقتل واحد ، والزوج نصيب مما هو الواجب فلا يضاعف عليه ، وبما إذا أُرْضِعَتْ أجنبيتان لهما لبن من رجل واحد صغيرتين تحت رجل حرمنا على زوجهما ولم يفرما شيئا وإن تعدتا الفساد . وأجيب بالفرق بأن فعل الكبيرة هنا مستقل بالفساد فيضاف الإفساد إليها ، وفعل كل من الكبيرتين هناك غير مستقل به فلا يضاف إلى واحدة منهما لأن الفساد باعتبار الجمع بين الأختين منهما ، بخلاف الحومة هنا لأنه للجمع بين الأم والبنت وهو يقوم بالكبيرة ، وقد حرفت هذه المسئلة فوقع فيها الخطأ وذلك بأن قيل فأرْضِعْتِهُمَا امرأتان لهما منه لبن مكان قولنا لهما لبن من رجل لأن في هذه الصورة الصواب الضمان على كل من هاتين المرأتين لأن كلا منهما أفسدت لصيرورة كل بنتا للزوج (قوله وهذا منا اعتبار الجهل الخ) جواب سؤال هو أن الجهل بالأحكام في دار الإسلام عندهم ليس عذرا ، فقال هذا منا اعتبار الجهل لدفع قصد الفساد الذي هو المحظور الدينى لا لدفع الحكم الذى هو وجوب الضمان غير أنه إذا انقطع قصد الفساد انتفى الضمان لأنه لا يثبت إلا بثبوت التعدى كما قلنا والتعدى به يكون ولا يتصور قصده مع الجهل بما ذكرنا ، فعلم الحكم لعدم العلة لا للجهل مع وجود العلة ، وبهذا يتدفع قول من قال تضمن إذا علمت بالنكاح ولم تعلم أن الإرضاع مفسد لأنها لا تعلم بجهل الحكم ، ومن فروع هذه المسئلة لو كان تحتها صغيرتان فأرْضِعْتِهُمَا أجنبية مما أوعى التعاقب حرمنا ، فلو كن ثلاثا فأرْضِعْتِهُنَّ بأن أُلْقِمْتِ تنتين نديها وأوجرت الأخرى ماحلبته حرمنا أو على التعاقب بابت الأوليان والثالثة امرأته

المهر . أجاب بقوله إلا أن نصف المهر يجب بطريق التمتع على ما عرف في باب المهر ، والمتعة تجب بالنص ابتداء بقوله تعالى - ومنعوهن - لأن المحقود عليه عاد إليها سالما ، لكن من شرط وجوبه : أى وجوب نصف المهر بطريق التمتع لإبطال النكاح فكانت صاحبة شرط فهي مسببة ، وإذا كانت مسببة يشترط فيه التعدى كما في حفر البئر ، وإنما تكون متعدية إذا علمت بالنكاح وعلمت أن الإرضاع مفسد وقصدت به الفساد ، وأما إذا لم تعلم بالنكاح أو علمت به ولم تعلم أن الإرضاع مفسد أو علمت به لكن قصدت دفع الملاك عن الصغيرة جوعا لا لتكون متعدية لكونها مأمورة بذلك : أى بالإرضاع لدفع الملاك . فإن قيل : الجهل بحكم الشرع في دار الإسلام ليس بعذر فكيف جعل جهل المرأة بفساد النكاح عذرا في حق عدم وجوب الضمان عليها . أجاب بقوله وهذا منا اعتبار الجهل لدفع قصد الفساد لا لدفع الحكم . وتقريره أن الحكم الشرعى وهو وجوب الضمان يعتمد التعدى والتعدى بما يحصل بقصد الفساد والقصد إلى الفساد إنما يتحقق عند العلم بالفساد ، فإذا انتفى العلم بالفساد انتفى قصد الفساد ، وكان اعتبار الجهل لدفع قصد الفساد لا لدفع الحكم . فإن قلت : دفع قصد الفساد يستلزم دفع الحكم فكان اعتبار

في كونه على خلاف القياس بالنص لا أنه حجة كما فهمه المفسر (قوله والمتعة تجب بالنص ابتداء) أقول : ومن لا بالنقد .

(ولا تقبل في الرضاع شهادة النساء منفردات وإنما تثبت بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين) وقال مالك رحمه الله: تثبت بشهادة امرأة واحدة إذا كانت موصوفة بالعلالة لأن الحرمة حتى من حقوق الشرع فثبتت بخبر الواحد كن اشترى لحما فأخبره واحد أنه ذبيحة المحرمي . ولنا أن ثبوت الحرمة لا يقبل الفصل عن زوال الملك في باب النكاح

لأنهن حين ارتضعنا حرمتا فحين ارتضعت الثالثة لم يكن في عصمته سواها ، ولو كن أربعة فأرضعن معا أو واحدة ثم الثلاث معا حرمن ، وكذا لو أرضعن على التعاقب لأنها حين أرضعت الآخرين لم يكن في نكاحه غيرهما ، ولو كان تحت صغيرتان وكثيرا فأرضعنهما الكثير على التعاقب بقي نكاح الثانية لأنها حين أرضعتها ليس في نكاحه غيرها ، والسابق عقد مجرد على الأم فلا يوجب حرمة البنت ، ولو كن كثيرتين وصغيرتين فأرضعت كل من الكثيرتين صغيرة حرمت عليه الأربع لزوم الجمع بين الأمين وبينتهما ، ولو أرضعت إحدى الكثيرتين الصغيرتين ثم أرضعنهما الكبيرة الأخرى وذلك قبل الدخول بالكبيرتين ، فالكبرى الأولى مع الصغرى الأولى باننا منه لما قلنا ، والصغرى الثانية لم تبين يرضع الكبرى الأولى ، والكبرى الثانية إن ابتدأت يرضع الصغرى الثانية باننا منه ، أو بالصغرى الأولى فالصغرى الثانية امرأته لأنها حين أرضعت الأولى صارت أمها وضد نكاحها لصحة العقد على الصغرى الأولى فيما تقدم ، والعقد على البنت يحرم الأم ثم أرضعت الثانية وليس في نكاحه غيرها قوله ولا يقبل في الرضاع شهادة للنساء منفردات (أى عن الرجال ، وإنما تثبت بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين ، وقال مالك : تثبت بشهادة امرأة واحدة إن كانت موصوفة بالعلالة ، ونقل عن أحمد وإسحاق والشافعي بأربع نسوة . والذي في كتبهم إنما يثبت بشهادة امرأتين ، وكذا عند مالك بناء على أنه لما لا يطلع عليه الرجال لأنه لا يحل النظر إلى ثدي الأجنبية . والوجه المذكور في الكتاب للاكتفاء بالواحدة وهو أن الحرمة من حقوق الشرع فهي أمر ديني يثبت بخبر الواحد ، كن اشترى لحما فأخبره واحد أنه ذبيحة محرمي فإنه تثبت الحرمة عليه بإخباره ، ثم يثبت زوال الملك في ضمنه ، وكمن من شيء يثبت ضمنا بطريق لا يثبت بمثله قصدا ، ولحديث عقبة بن الحرث في الصحيحين « أنه تزوج أم يحيى بنت أبي إهاب ، فجاءت أمة سوداء فقالت : قد أرضعتكما ، قال : فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم ، قال : فأعرض عني فتنحيت فذكرت ذلك له ، قال : وكيف وقد زعمت أن قد أرضعتكما » وعقبه هذا يكتفى بأب سروعة بكسر السين المهملة وسكون الراء وفتح الواو والعين المهملة ، وبهذا الحديث استدلل من قال تقبل الواحدة المرضعة واعتبار ظاهره مطلقا يوجب جواز قبول الأمة . وروى مطولا في الترمذي ، وفيه « فجاءت امرأة سوداء » وفيه قول عقبة « فأثبت النبي صلى الله عليه وسلم قلقت : تزوجت فلانة بنت فلان فجاءت امرأة سوداء فقالت أرضعتكما وهي كاذبة ، فأعرض عني ، قال : فأثبت من قبل وجهه قلقت إنها كاذبة ، قال : وكيف بها وقد زعمت أنها قد أرضعتكما دعها عنك » ولنا أن ثبوت الحرمة لا يقبل الفصل

الجهل لدفع الحكم . قلت : لزم ذلك ضمنا فلا معتبر به . وقوله (ولا تقبل في الرضاع شهادة النساء منفردات) أى عن الرجال أجنبيات كن أو أمهات أحد الزوجين واحدة كانت أو أكثر . وقال الشافعي : تقبل شهادة أربع منهن . وقال مالك : تقبل شهادة واحدة إذا اتصفت بالعلالة . وجه قول الشافعي إن الرضاع يكون بالثدي ولا يطلع على ذلك رجل لحرمة النظر إليه ، وعندنا أن شهادة أربع منهن شرط فيما لا يطلع عليه الرجال لتقوم كل امرأتين مقام رجل . وقلنا : هو مما يطلع عليه الرجال من ذوى المحارم محل لم النظر إلى ثديها . ووجه قول

ولبطال الملك لا يثبت إلا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين ، بخلاف اللحم لأن حرمة التناول تنفك عن زوال الملك فاعتبر أمرا دينيا ، والله أعلم بالصواب .

عن زوال الملك في باب النكاح لأنها مؤبدة بخلاف الحرمة بالحيض ونحوه والأملالك لاتزال إلا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين ، بخلاف حرمة اللحم حيث ينفك عن زوال الملك كالحمر مملوكيته مجرمة وجلد الميتة قبل الدباغ يحرم الانتفاع به وهو مملوك ، وإذا كانت الحرمة لاستنزوم زوال الملك فالشهادة قائمة على مجرد الحرمة حقا لله تعالى فيقبل فيها خبر الواحد ، وأما الحديث فكان للتورع ، ألا يرى أنه أعرض عنه في المرة الأولى وقيل في الثانية أيضا ، وإنما قال له ذلك في الثالثة ، ولو كان حكم ذلك الإخبار وجوب التفريق لأجابه به من أول الأمر ، إذ الإعراض قد يترتب عليه ترك السائل المسئلة بعد ذلك ففيه تقرير على المحرم ، فعلم أنه قال له ذلك لظهور اطمئنان نفسه بخبرها لا من باب الحكم ، وكونها كاذبة حقاء على ما قيل لا يثبت اطمئنان النفس بخبرها ، بل قد يكون معه لأن بعض البلاهة يقارنها بحسب الغالب عدم الخبث الذي عنه تعهد الكذب والكلام في هذا القدر لا في الجنون . وقد قلنا : إنه إذا وقع في القلب صدقها يستحب التنزه ولو بعد النكاح ، وكذا إذا شهد به رجل واحد وقولم لا يطلع عليه أحد من الرجال . قلنا : لا نسلم فإن المحارم من الرجال يطلعون عليه ، وأيضا الرضاة لا تتوقف على إلقاء القام للذي بحراز حصولها بالوجود والسقوط . وروى عن عمر رضي الله عنه مثل قولنا . وفي المحيط : لو شهدت امرأة واحدة قبل العقد ، قيل يعتبر في رواية ولا يعتبر في رواية .

[فروع] قال لامرأته هذه أي من الرضاة أو أختي أو بنتي من الرضاة ثم رجع عن ذلك بأن قال أخطأت أو نسيت ، إن كان بعد أن ثبت على الأول بأن قال بعده هو حق أو كما قلت فرق بينهما ولا ينفعه جحدوه بعد ذلك ، وإن قال قبل أن يصدر منه الثبات عليه لم يفرق بينهما خلافا للشافعي والنكاح باق ، لأن مثله إنما يوجب الفرقة بشرط الثبات ، وتفسير الثبات ما ذكرنا ، ومثل هذا في الإقرار بالنسب ، وذلك لأن ثبوت النسب والرضاة مما يخفى عن الإنسان فالمتناقص فيه مطلقا لا يمنع ، بخلاف ما إذا ثبت بعد التروى فيعلم قبله ولا يعلن بعده ، وهذا في النسب فيمن ليس لها نسب معروف ، ولو أفوت المرأة بذلك وأنكر هو ثم قالت أخطأت فالنكاح باق بالإجماع ، وعند الشافعي يحلف الزوج على العلم في قول وعلى الثبات في قول ، ولو تزوجها قبل أن تكذب نفسها جاز ولا تصدق المرأة على قولها . بخلاف ما أقر الرجل قبل التزوج وثبت على ذلك لا يخل له تزوجها . قال في الفتاوى الصخرى : هذا دليل على أن المرأة إذا أقرت بالطلاق الثلاث من رجل حل لها أن تزوج نفسها منه انتهى . وكان وجهه أن الطلاق مما يستقل به الزوج في ضيقها وحضورها فيتحقق فيه الخفاء فصح رجوعها عن الإقرار به قبل التروى ، والله أعلم .

مالك أن الحرمة حق من حقوق الشرع فيثبت بخبر الواحد ، كمن اشترى لحما فأخبره وأخذ أنه ذبيحة المجرى فإنه ينفى للمسلم أن لا يأكل منه ولا يطعم غيره لأن الخبر أخبره مجرمة العين وبطلان الملك فتثبت الحرمة مع بقاء الملك ، ثم لما ثبتت الحرمة مع بقاء الملك لا يمكنه الرد على بائنه ولا أن يجبس الثمن عن البائع . ولنا ما ذكره في الكتاب وهو واضح لا يحتاج إلى بيان ، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب .

(قوله ثم لما ثبتت الحرمة مع بقاء الملك الخ) أقول : فيه تأمل .

كتاب الطلاق

كتاب الطلاق

لما فرغ من النكاح وبيان أحكامه اللازمة عند وجوده والمتأخرة عنه وهي أحكام الرضاع شرع يذكر ما به يرتفع لأنه فرع تقدم وجوده واستحقاق أحكامه ، وأيضاً بينه وبين الرضاع مناسبة من جهة أن كلا منهما يوجب الحرمة إلا أن ما بالرضاع حرمة مؤبدة ، وما بالطلاق مقياً بغاية معلومة فقدم بيان الحكم الأشد اهتماً بشأنه ، ثم نرى بالأخف ، وأيضاً الترتيب الوجودى يناسبه الترتيب الوضعى ، والنكاح سابق فى الوجود بأحكامه ويتلوه الطلاق فأوجده فى التعليم كذلك . والطلاق اسم بمعنى المصدر الذى هو التطبيق كالسلام والسرّاح بمعنى التسليم والتسريح ، ومنه قوله تعالى - الطلاق مرتان - أى التطبيق ، أو هو مصدر طلقت بضم اللام أو فتحها طلاقاً كالفساد . وعن الأخفش نى الضم . وفى ديوان الأدب إنه لغة ، والطلاق لغة رفع الوثائق مطلقاً ، واستعمل فعله بالنسبة إلى غير نكاح المرأة من الأفعال أطلقت بعيرى وأسيرى ، وفيه من الضمير طلقت امرأتى ، يقال ذلك إختياراً عن أول طلاق أوقعها ، فإن قاله ثانية فليس فيه إلا التأكيد ، أما إذا قاله فى الثالثة فالتكرير كغفلت الأبواب : وفى الشرع رفع قيد النكاح بلفظ مخصوص وهو ما اشتمل على مادة ط ل ق صريحاً كانت طالق أو كناية كطلقة بالتخفيف وهجاء طالق بلا تركيب كانت ط ل ق على ما سأتى وغيرهما كقول القاضى فرقت بينهما عند إتياء الزوج الإسلام والعنة واللعان وصائر الكتابات المفيدة للرجعة والبنوثة ولفظ الخلع فخرج تفرق ألقاضى فى إتيائها وردة أحد الزوجين وثباين الدارين حقيقة وحكما وخيار البلوغ والعنف وعدم الكفاءة وتقصان المهر فإنها ليست طلاقاً ، فقول بعضهم رفع قيد النكاح من أهله فى محله غير منطرد لبعده على القسوخ ومشتمل على ما لا حاجة إليه ، فإن كونه من الأهل فى الأصل من شرط وجوده لادخل له فى حقيقته والتعريف لمجرد ما ركنه نفس اللفظ . وأما سببه فالخارجة إلى الخلاص عند ثباين الأخلاق وعروض البغضاء الموجبة عدم إقامة حلود الله تعالى ، وشرعه رحمة منه سبحانه وتعالى . وشرطه فى الزوج أن يكون عاقلاً بالغاً سليماً ، وفى الزوجة أن تكون منكحاً حرة أو فى عدته التى تصطبح معها محلاً للطلاق . وضبطها فى المحيط فقال : المعتدة بعدة الطلاق يلحقها الطلاق ، والمعتدة بعدة الوطء لا يلحقها الطلاق . وقد يقال : إنه غير حاصر إذ تتحقق العدة دونهما كما لو عرض فسخ

كتاب الطلاق

لما كان الطلاق متأخراً عن النكاح طبعاً أخره عنه وضماً ليوافق الوضع الطبع . والطلاق فى اللغة عبارة عن رفع القيد . وفى عرف الفقهاء عبارة عن حكم شرعى يرفع القيد النكاحى بالفاظ مخصوصة . وسببه الحاجة

كتاب الطلاق

(قوله لما كان الطلاق متأخراً الخ) أقول : كان الأنسب للعلاج أن يبين وجه تأخيرهم عن الرضاع بأنه سبب الحرمة المؤبدة دون الطلاق فقدم الأقدم لكنه نظر إلى أن الإرضاع من تبعات النكاح فتأمل (قوله وفى عرف الفقهاء الخ) أقول : لعله مقصود بالفسخ فإن القاضى إذا فسخ النكاح يكون فى بعض المواد طلاقاً وفى بعضها فسخاً واللفظ واحد فليأمل .

يخير بعد مجرد الخلوة اللهم إلا أن تلحق الخلوة بالوطء ، فكأنها هو وفيه تساهل ، ثم يقتضى أن كل عدة عن فسخ بعروض حرمه مؤبدة أو غير مؤبدة لا يقع فيها طلاق ولا شك فيه في الحرمة المؤبدة ، كما إذا عرضت الحرمة بتقيل ابن الزوج فإنه لا فائدة حينئذ في اعتباره لأنه لا يتوَقَّع بناية ليفيد الطلاق فآلده . وأما في الفسخ بغيرها فالمرسح به في العدة من خيار الحق والبلوغ أنه لا يلحقها طلاق لأنه فسخ فيجب لكأنه لم يكن ، وكذا يعلم الكفاءة ونقصان المهر ، وعلى هذا إذا سبي أحد الزوجين فوقعت الفرقة لا يقع طلاق الزوج لعدم العدة لأن المسبي إذا كان الزوج فلا عدة على زوجته الحرة ، وإن كانت المرأة فكل ذلك لحملها للسبي بالاستبراء . ومثله لو وقعت الفرقة بمهاجرة أحدهما مسلما أو ذميا لا يقع طلاق ، لأنه إن كان الرجل فلا عدة على الحرة ، وإن كانت المرأة فكل ذلك عند أبي حنيفة وعندهما ، وإن كان عليها العدة فهي عدة لانوجب ملك يد إذ لا يد للحري ، وأقل ما يقع فيه الطلاق ملك اليد فكانت كالعدة عن الفرقة في نكاح فاسد ، وكذا لو خرج الزوجان مستأمنين فأسلم أحدهما أو صار ذميا فهي امرأته حتى تحيض ثلاث حيض ، فإذا حاضتها وقعت الفرقة بلا طلاق فلا يقع عليها طلاق لأن المصير منها كأنه في دار الحرب تمكنه من الرجوع ، إلا أنه مقبوض بما إذا أسلم أحد الزوجين الدمين وقرق بينهما بإياه الآخر فإنه يقع عليها طلاقه وإن كانت هي الآية مع أن الفرقة هناك فسخ ، وبه ينتقض ما قبل إذا أسلم أحد الزوجين لم يقع عليها طلاق ، وينتقض أيضا بالمرتد يقع عليها طلاقه مع أن الفرقة برده فسخ خلافا لأبي يوسف رحمه الله ، ولو كانت هي المرتدة فهي فسخ اتفاقا ، ويقع طلاقه عليها في العدة . واختلف في محلها للطلاق لو هاجرت فانفسخ النكاح فهاجر بعدها وهي في العدة على قولها لم يقع طلاقه . قال في المبسوط : وقيل هذا قول أبي يوسف رحمه الله الأول وهو قول محمد ، فأما على قول أبي يوسف الآخر يقع طلاقه ، وهو نظير ما لو اشترى الرجل امرأته بعد ما دخل بها ثم اعتقها وطلقها في العدة لا يقع طلاقه في قول أبي يوسف الأول وهو قول محمد . وفي قول أبي يوسف الآخر يقع ، وكذا الخلاف فيما لو اشترت المرأة زوجها : يعني فاعتقه ، فحكى الخلاف في هاتين المثلتين على عكس ما حكاه في المنظومة في المسئلة الثانية ، ولو ارتد ولحق بدار الحرب لا يقع طلاقه اتفاقا ، فلو عاد وهي بعد في العدة فطلقها فهو على هذا الخلاف . وما ذكر من أنه لأعدة على الحرة في دار الحرب عندهما يخالف ما ذكره محمد في السير فيما إذا أسلمت امرأة الحرب وهما في دار الحرب حيث يتأخر وقرق الفرقة بينهما إلى متى ثلاث حيض أو ثلاثة أشهر ، فإذا مضت وقعت الفرقة . قال محمد : وعليها ثلاث حيض أخرى وهي فرقة بطلاق ، ولهذا يقع عليها طلاقه لأن تلك الفرقة ليست للباين بل للإبائه إلا أن المدة أقيمت مقام إيبائه بعد العرض فلذا يقع عليها طلاقه . وأما وصفه فهو أبغض المباحات إلى الله تعالى على ما رواه أبو داود وابن ماجه عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال : إن أبغض المباحات عند الله الطلاق فنص على إباحته وكونه مبغوضا وهو لا يستلزم ترتب لازم المكروه الشرعي إلا لو كان مكروها بالمعنى الاصطلاحي ، ولا يلزم ذلك من وصفه بالبغض إلا لو لم يصفه بالإباحة لكنه وصفه بها لأن أفضل التفضيل بعد ما أضيف إليه ، وغاية ما فيه أنه مبغوض إليه سبحانه وتعالى ولم يرتب عليه ما رتب على المكروه ، ودليل نفي الكراهة قوله تعالى لا جناح عليكم إن طلقتم

الحوجة إليه . وشرطه كون المطلق عاقلا بالغنا والمرأة في النكاح أو عدته التي تصلح بها محلا للطلاق ، وحكمة زوال الملك عن المحل . وأقسامه ما ذكره .

(باب طلاق السنة)

النساء ما لم تحسهن - وطلاقه صلى الله عليه وسلم حفصة ثم أمره سبحانه وتعالى أن يراجعها فلما صاومتها قوامه ، وبه يبطل قول القائلين لا يباح إلا لكبر كطلاق سودة أو ربية فإن طلاقه حفصة لم يقرن بواحد منهما . وأما ما روى « لمن الله كل ذوقاً مطلقاً » فحمله الطلاق لغير حاجة بدليل ما روى من قوله صلى الله عليه وسلم « وأما امرأة اختلعت من زوجها بغير نشوز فعليا لعنة الله والملائكة والناس أجمعين » ولا يخفى أن كلامهم فيها سيأتى من التعاليل يصرح بأنه عطلوا لما فيه من كفران نعمة التكاح وللمحدثين المذكورين وغيرهما ، وإنما أبيع للحاجة والحاجة ما ذكرنا في بيان سببه فيمن الحكمين منهم تدافع ، والأصح حظره إلا لحاجة للأدلة المذكورة ، ويحمل لفظ المباح على ما أبيع في بعض الأوقات : «أعنى أوقات تحقق الحاجة المبيحة ، وهو ظاهر في رواية لآبي داود » ما أحل الله شيئا أبغض إليه من الطلاق » وإن الفعل لا يحوم له في الزمان ، غير أن الحاجة لا تقتصر على الكبر والريبة ، فمن الحاجة المبيحة أن يلجأ إليه عدم اشتباها بحيث يعجز أو يتضرر بإكراهه نفسه على جماعها ، فهنا إذا وقع فإن كان قادرا على طول غيرها مع استبقائها ورضيت بإقامتها في عصمتها بلا وطء أو بلا قسم فيكره طلاقه كما كان بين رسول الله صلى الله عليه وسلم وسودة ، وإن لم يكن قادرا على طولها أو لم ترض هي بتركها فهو مباح لأن مقلب القلوب رب العالمين . وأما ما روى عن الحسن وكان قيل له في كثرة تزوجه وطلاقه فقال : أحب النبي ، قال الله تعالى - وإن يفرقا يغض الله كلا من سمعه - فهو رأى منه إن كان على ظاهره ، وكل ما نقل عن طلاق الصحابة رضي الله عنهم كطلاق عمر رضي الله عنه أم عاصم وعبد الرحمن بن عوف تخاصر والمغيرة بن شعبة الزوجات الأربع دفعة واحدة فقال لمن : أنتن حسنات الأخلاق ناعمات الأطواق طويلات الأعناق اذهبن فأنن طلاق . فحمله وجود الحاجة مما ذكرنا ، وأما إذا لم تكن حاجة فمض كفران نعمة وسوء أدب فيكره ، والله سبحانه وتعالى أعلم . وأما حكمه فوقوع الفقرة مؤجلا باقتضاء العدة في الرجعي ويلونه في البائن . وأما عاقبته فيها ثبوت التخلص به من المكاره الدينية والدنيوية ، ومنها جعله بيد الرجال دون النساء لاختصاصهن بتقصان العقل وغلبة الغوى ، وعن ذلك ساء اختيارهن وسرع اغترارهن وتقصان الدين وعنه كان أكثر شغلن بالدينا وترتيب المكاييد وإقضاء سر الأزواج وغير ذلك ، ومنها شرعه ثلاثا لأن النفس كلوية ربما يظهر عدم الحاجة إليها أو الحاجة إلى تركها وتسوؤه ، فإذا وقع حصل الندم وضاق الصدر به وعمل الصبر ، فشرعه سبحانه وتعالى ثلاثا ليحرج نفسه في المرة الأولى ، فإن كان الواقع صدقها استمر حتى تنقضي العدة ولا أمكنه التدارك بالرجعة ، ثم إذا عادت النفس إلى مثل الأول وغلبته حتى عاد إلى طلاقها نظر أيضا فيما يحدث له فما يوقع الثالثة إلا وقد

(باب طلاق السنة)

ذهب بعض الناس إلى أن إيقاع الطلاق ليس بمباح إلا عند الضرورة لقوله عليه الصلاة والسلام « لنن الله كل ذوقاً مطلقاً » والعامية على إباحته بالنصوص المطلقة لقوله تعالى - لا جناح عليكم إن طلقتم النساء - وقوله تعالى - يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن - وأمثالهما . وإقسامه ثلاثة : حسن ، وأحسن ، وبغض

(باب طلاق السنة)

أنزل : فيكون ذكر العلمى استطرادا .

قال (الطلاق على ثلاثة أوجه : حسن ، وأحسن ، وبدعي . فالأحسن أن يطلق الرجل امرأته تطليقة واحدة في طهر لم يجمعا فيه ويتركها حتى تنقضي عدتها) لأن الصحابة رضى الله تعالى عنهم كانوا يستحبون أن لا يزيدوا في الطلاق على واحدة حتى تنقضي العدة فإن هذا أفضل عندكم من أن يطلقها الرجل ثلاثا عند كل طهر واحدة ، ولأنه أبعد من الندامة وأقل ضررا بالمرأة ولا خلاف لأحد في الكراهة

جرت فقهه في حال نفسه ، وبعد الثلاث تبلى الأعذار . وأما أقسامه فإفادته المصنف بقوله (الطلاق على ثلاثة أوجه : حسن ، وأحسن ، وبدعي) أعلم أن الطلاق سني وبدعي ، والسني من حيث العدد ومن حيث الوقت ، والبدعي كذلك ، فالسني حسن وأحسن (فالأحسن أن يطلق الرجل امرأته تطليقة واحدة في طهر لم يجمعا فيه) ولا في الحيض الذي قبله ولا طلاق فيه ، وهذا على ظاهر المذهب على ما سيأتي (ويتركها حتى تنقضي عدتها) لما أسند ابن أبي شيبة عن إبراهيم النخعي أن الصحابة رضى الله عنهم كانوا يستحبون أن يطلقها واحدة ثم يتركها حتى تحيض ثلاث حيض . وقال محمد : بلغنا عن إبراهيم النخعي (أن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا يستحبون أن لا يزيدوا في الطلاق على واحدة حتى تنقضي العدة فإن هذا أفضل عندكم من أن يطلق الرجل امرأته ثلاثا عند كل طهر واحدة . ولأنه أبعد من الندامة) حيث أبى لنفسه مكتنة للتدارك حيث يمكنه الزوج بها في العدة أو بعدها دون تخلف زوج آخر (وأقل ضررا بالمرأة) حيث لم تبطل عليها بالنسبة إليه فإن سعة حلها نعمة عليها فلا يتكامل ضرر الإجماع (ولا خلاف لأحد في الكراهة) أنها واقعة أولا ، بل الإجماع على انتفاءها ، بخلاف الحسن فإن فيه خلاف مالك ، ولما ذكرنا من قلة ضرر هذا واستحبابه عند الصحابة كان أحسن . وأعلم أن السني المستون وهو كالمستوب في استعقاب الثواب ، والمراد به هنا المباح لأن الطلاق ليس عبادة في نفسه ليثبت له ثواب فعنى المستون منه ما لبث على وجه لا يستوجب عقابا . نعم لو وقعت له داعية أن يطلقها عقيب جماعها أو جافضا أو ثلاثا فنج نفسه من الطهر إلى الطهر الآخر والواحدة تقول إنه يثاب لكن لا على الطلاق في الطهر الحالي بل على كف نفسه عن ذلك الإيقاع على ذلك الوجه امتناعا عن المعصية وذلك الكف غير فعل الإيقاع ، وليس المستون يلزم تلك الحالة ، لأنه لو أوقع واحدة في الطهر الخالي من غير أن يخطر له داعية ذلك الإيقاع بحيث أنه طلاقا مستونا منع انتفاء سبب الثواب وهو كف النفس عن المعصية بعد تهيئ أسبابها وقيام داعيتها ، وهذا كمن استمر على عدم الزنا من غير أن يخطر له داعيته وتهوؤه له مع الكف عنه لا يثاب عليه ، ولو وقعت له داعيته

على ما ذكره في الكتاب . وهو ظاهر . (قوله ولأنه أبعد من الندامة) حيث أبى لنفسه مكتنة للتدارك بأن يرجعها في العدة ويعدا بتجديد من غير استحلال . وأقل ضررا بالمرأة حيث لم تبطل عليها نظرا إليه لأن اتساع المحلة نعمة في حقهن فلا يتكامل ضرر الإجماع . وقوله (ولا خلاف لأحد في الكراهة) أي في عدم الكراهة يعنى

(قال المصنف : الطلاق على ثلاثة أوجه) أقول : قال العلامة التنسي في التكرار : الطلاق رفع القيد الثابت شرعا بالتكاثف انتهى . فيه بحث لأنه مقنن بالسبع . قال العلامة الزيلعي في فرسه : وهذا في الفريضة . وقوله شرعا يميزه من رفع القيد الثابت حسا وهو حل الوثائق . وقوله بالتكاثف يميزه من الحق لأنه رفع فيه ثابت شرعا لكنه لا يثبت ذلك القيد بالتكاثف ، وفي اللغة عبارة عن رفع القيد مطلقا ، يقال أطلق الفرس والأمير ، ولكن استعمل في التكاثف والتفصيل وفي غيره بالأفصال ، ولهذا في قوله لارأته أنت مطلقة بتشديد اللام لا يحتاج فيها إلى التنية ويشتغل فيها يحتاج أم (قوله حيث لم تبطل عليها نظرا إليه لأن اتساع المحلة نعمة في حقهن)

(والحسن هو طلاق السنة ، وهو أن يطلق المدخول بها ثلاثاً في ثلاثة أطهار) وقال مالك رحمه الله : إنه بدعة ولا يباح إلا واحدة لأن الأصل في الطلاق هو الخطر والإباحة لحاجة الخلاص وقد اندفعت بالواحدة . ولنا قوله

وطلب النفس له وتهويه له وكف تجافياً عن المعصية أثيب (قوله والحسن طلاق السنة) وأنت حققت أن كلا منهما طلاق السنة فتخصيص هذا باسم طلاق السنة لا وجه له والمناسب تمييزه بالمفصول من طلاق السنة . قال (وهو أن يطلق المدخول بها ثلاثاً في ثلاثة أطهار) سواء كانت الزوجة مسلمة أو غير مسلمة لأنه المخاطب بإيقاعه كذلك ، ويجب على الغائب إذا أراد أن يطلق أن يكتب إذا جامع كتاباً هذا وأنت طاهرة فأنت طالق ، وإن كنت حائضاً فإذا طهرت فأنت طالق . وقال مالك : هذا بدعة ولا يباح إلا واحدة لأن الأصل في الطلاق هو الخطر والإباحة لحاجة الخلاص ، وقد اندفعت بالواحدة (ولنا قوله صلى الله عليه وسلم) فيما روى الدارقطني من حديث معلى بن منصور ، حدثنا شعيب بن زريق أن عطاء الخراساني ، حدثهم عن الحسن قال : حدثنا عبد الله بن عمر أنه طلق امرأته وهي حائض ثم أراد أن يتبعها بطلاقين آخرين عند القرويين ، فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : يا ابن عمر ما هكذا أمرك الله ، قد أخطأت السنة ، السنة أن تستقبل الطهر فتطلق لكل قرء ، فأمرني فراجعتها . فقال : إذا هي طهرت فطلق عند ذلك أو أمسك ، قلت : يا رسول الله أرايت لو طلقها ثلاثاً أكان يحل لي أن أراجعتها ؟ فقال لا ، كانت تبين منك وكانت معصية أعله النبي بالخراساني قال : أتى بزبانات لم يتابع عليها ، وهو ضعيف لا يقبل ما تفرد به . ورد بأنه رواه الطبراني : حدثنا علي بن سعيد الرازي . حدثنا يحيى بن عثمان بن سعيد بن كثير بن دينار الحمصي ، حدثنا أبي : حدثنا شعيب بن زريق سندا ومتنا . وقد صرح الحسن يسامحه من ابن عمر ، وكذلك قال أبو حاتم . وقيل لأبي زرعة الحسن لى ابن عمر ؟ قال نعم . وأما إعلال عبد الحق إياه بمعل بن منصور فليس بذلك ، ولم يعله البيهقي إلا بالخراساني ، وقد ظهرت متابته ، ولأن الحكم يدار على دليل الحاجة لثباتها باطنة ، ودليلها الإقدام على طلاقها في زمن تجدد الرغبة ، وقد تكون الحاجة ماسة إلى تركها البتة لفسوخ الأخلاق المتباينة وموجبات المنافرة فلا تقيد رجعتها فيحتاج إلى فطام النفس عنها على وجه لا يعقب الندم والنفس تلح لحسن الظاهر ، وطريق إعطاء هذه الحاجة مقتضابها على الوجه المذكور

لم يقل أحد بكراهة هذا الطلاق . وقوله (لأن الأصل في الطلاق هو الخطر) لأنه قطع النكاح الذي هو سنة فيكون عطلوا . وقوله (والإباحة لحاجة الخلاص) الضرورة التخليص عنها ببقاين الأخلاق وتنافر الطباع ، وهذا المعنى يحصل بالواحدة فلا يحتاج إلى الثانية . ولنا قوله عليه الصلاة والسلام في حديث ابن عمر وهو ما روى البخاري وغيره مسنداً إلى نافع عن عبد الله بن عمر أنه طلق امرأته وهي حائض على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فسأل عمر بن الخطاب رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال عليه الصلاة والسلام : مره فليزاجها ثم ليسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ، ثم إن شاء أمسك بعد وإن شاء طلق قبل أن يمس فتلك العلة التي أمر الله تعالى أن يطلق لها النساء ، وأشار به إلى قوله تعالى - فطلقوهن لعدتهن - قال إن شاء أمسك بعد وإن شاء طلق ، خير بين الإمسك والطلاق ، ولو كان الطلاق الثاني بدعة لما فعل ذلك ، كنا في بعض الشروح . وليس هذا شرح ما في

أقول: فيه مخالفة لما سبق فلا يثبت غير الحق في باب نكاح الرقيق غل ما فصل في الشروح (قال المصنف : والحسن هو طلاق السنة) أقول : تخصيص هذا باسم طلاق السنة لا وجه له ، إذ الحسن أيضاً هو طلاق السنة .

صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عمر رضى الله عنهما « إن من السنة أن تستقبل الطهر استقبالا فطلعتها لكل قرء تطبيقية ، ولا الحكم يدار على دليل الحاجة وهو الإقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وهو الطهر الحال عن الجماع ، فالحاجة كالمشكورة نظرا إلى دليلها ، ثم قيل : الأولى أن يؤخر الإيقاع إلى آخر الطهر احترازا عن تطويل العدة ، والأظهر أن يطلقها كما طهرت ، لأنه لو أخر ربما يجامعها ، ومن قصده التطليق فيقبل بالإيقاع عقيب الوقاع (وطلاق البدعة أن يطلقها ثلاثا بكلمة واحدة أو ثلاثا في طهر واحد ، فإذا فعل ذلك وقع الطلاق

أن يطلق واحدة ليحرب نفسه على الصبر ويعالجها عليه ، فإن لم يقدر تدارك بالرجعة ، وإن قدر أوقع أخرى في الطهر الآخر كذلك ، فإن قدر أبانها بالثالثة بعد تمرن النفس على القطام ، ثم إذا أوقع الثالثة في ثلاثة أطهار فقد مضت من عتبتها حقيقتان إن كانت حرة ، فإذا حاضت حيضة انقضت ، وإن كانت أمة فبالطهر من الحيضة الثانية بآث ووقع عليها فثقتان (قوله ثم قيل الأولى أن يؤخر الطلاق إلى آخر الطهر احترازا عن تطويل العدة) عليها . وقال المصنف : والأظهر أى الأظهر من قول محمد حيث قال : إذا أراد أن يطلقها ثلاثا طلقها واحدة إذا طهرت ، ورجحه بأنه لو أخر ربما يجامعها فيه ومن قصده تطليقها فيقبل بالإيقاع عقيب الوقاع . ولا يخفى أن الأول أقل ضررا فكان أولى ، وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله عن أبي حنيفة رحمه الله (قوله وطلاق البدعة) ماخالف قسما السنة ، وذلك بأن يطلقها ثلاثا بكلمة واحدة أو مفرقة في طهر واحد أو ثنتين كذلك أو واحدة في الحيض أو في طهر قد جامعا فيه أو جامعا في الحيض الذى يليه هو ، فإذا فعل ذلك وقع الطلاق وكان عاصيا ، وفي كل من وقوعه وعدده وكونه معصية خلاف ، فمن الإمامية لا يقع بلفظ الثلاث ولا في حالة

الكتاب ، وإنما شرحه ماروى « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لابن عمر حين طلق امرأته وهى حائض : ما هكذا أمرك الله تعالى ، إنما السنة أن تستقبل الطهر استقبالا وتطلقها لكل قرء تطبيقية » (وقوله ولأن الحكم يدار على دليل الحاجة) بيانه أن الأصل في الطلاق الخطر كما قال مالك . والإيهام للحاجة بسبب المعجز عن الإمساك بالمعروف عند عدم موافقة الأخلاق ، والحاجة بسبب المعجز أمر مبطل فاقم دليل الحاجة وهو الإقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة فيها وهو الطهر الحال عن الجماع مقامه ، وكلما تكرر دليل الحاجة جمعت كأن الحاجة إلى الطلاق تكررت فأبيح تكرار الطلاق المفرق على الأطهار (وقوله ثم قيل) اختلفت المشايخ في هذا الطلاق ، فقال بعضهم يؤخر الإيقاع إلى آخر الطهر احترازا عن تطويل العدة ، وهو رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة ، واختاره بعض المشايخ ، وقال بعضهم : يطلقها كما طهرت ، لأنه لو أخر ربما يجامعها ، ومن قصده التطليق فيقبل بالإيقاع عقيب الوقاع . قال المصنف : والأظهر أن يطلقها كما طهرت ، جعل هذا أظهر لأن محمدا قال في الأصل : وإذا أراد أن يطلقها ثلاثا طلقها واحدة إذا طهرت من الحيض . (وطلاق البدعة أن يطلقها ثلاثا بكلمة واحدة أو ثلاثا في طهر واحد وهو حرام عندنا ، لكنه إذا فعل وقع الطلاق وبانت منه وحرمت حرمة غليظة

(قال المصنف : احترازا عن تطويل العدة) أقول : لا يقال ما ذكره موهوم لا يمارض المحقق الذى هو تطويل العدة لأنه لا تطويل للعدة هنا لأنها ثلاث حيض كاملة ولم يزد عليها غيره ، بخلاف ما إذا طلقها حائضا فإن الحيض الذى وقع فيه الطلاق لا يحسب من العدة مع أنه من جلسها أو يجلس فيكمل بالرابطة ، ولا يتجزأ فيتكامل كما صرح به في كتب الأصول ، وعلى هذا تطويل العدة في غاية الظهور (قال المصنف : وطلاق البدعة أن يطلقها) أقول : قال ابن القيم : طلاق البدعة ما خالف قسما السنة ، وذلك بأن يطلقها ثلاثا بكلمة واحدة أو مفرقة في طهر واحد أو ثنتين كذلك ، أو واحدة في الحيض ، أو في طهر قد جامعا فيه ، أو جلسها في الحيض الذى يليه هو أو : متى الطهر الذى وقع فيه الطلاق :

وكان عاصيا) وقال الشافعي رحمه الله : كل الطلاق مباح

الحيض لأنه بدعة حمرة ، وقال صلى الله عليه وسلم من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد ، وفي أمره صلى الله عليه وسلم ابن عمر أن يراجعها حين طلقها وهي حائض دليل على بطلان قولهم في الحيض ، وأما بطلانه في الثلاث فينتظمه ما سيأتي من دفع كلام الإمامية . وقال قوم : يقع به واحدة ، وهو مروى عن ابن عباس رضي الله عنهما ، وبه قال ابن إسحاق . ونقل عن طلوس وعكرمة أنهم يقولون خالف السنة فيرد إلى السنة . وفي الصحيحين أن أبا الصهباء قال لابن عباس : ألم تعلم أن الثلاث كانت تجعل واحدة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وصدرنا من إمارة عمر ؟ قال نعم . وفي رواية لمسلم أن ابن عباس قال : كان الطلاق على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وستين من خلافة عمر طلاق الثلاث واحدة ، فقال عمر : إن الناس قد استمحلوا في أمر كان لم فيه أناة ، فلو أمضيناه عليهم فأضاه عليهم . وروى أبو داود عن ابن عباس قال : إذا قال أنت طالق ثلاثا بمرة واحدة فهي واحدة . وروى ابن إسحاق عن عكرمة عن ابن عباس مثل ذلك ، وقال الإمام أحمد : حدثنا سعيد بن إبراهيم قال : أنبأنا أبي عن محمد بن إسحاق قال : حدثني داود بن الحصين عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما قال : طلق ركائة بن عبد يزيد زوجته ثلاثا في مجلس واحد ، فحزن عليها حزنا شديدا ، فسأله النبي صلى الله عليه وسلم كيف طلقها ؟ قال : طلقها ثلاثا في مجلس واحد ، قال : إنما تلك طلاقة واحدة فارفعنها . ومنهم من قال في المنحول بها يقع ثلاثا وفي غيرها واحدة ، لما في مسلم وأبي داود والتسائي أن أبا الصهباء كان كثير السؤال لابن عباس قال : أما علمت أن الرجل إذا طلق امرأته ثلاثا قبل أن يدخل بها جعلوها واحدة ؟ الحديث . قال ابن عباس : بل كان الرجل إذا طلق امرأته ثلاثا قبل أن يدخل بها جعلوها واحدة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وصدرنا من إمارة عمر ، فلما رأى الناس قد تابعوا فيها قال : أجزؤهن عليهم . هذا لفظ أبي داود . وذهب جمهور الصحابة والتابعين ومن بعدهم من أئمة المسلمين إلى أنه يقع ثلاث . ومن الأدلة في ذلك ما في مصنف ابن أبي شيبة والدارقطني في حديث ابن عمر المتقدم : قلت : يا رسول الله أرأيت لو طلقها ثلاثا ؟ قال : إذا قد عصيت ربك وبانت منك امرأتك ، وفي سنن أبي داود عن مجاهد قال : كنت عند ابن عباس فجامعه رجل فقال : إنه طلق امرأته ثلاثا ، قال : فسكت حتى ظننت أنه رادها إليه ، ثم قال : أبطلق أحذرك فيركب الحموة ثم يقول يا ابن عباس يا ابن عباس ؟ فإن الله عز وجل قال - ومن يتق الله يجعل له مخرجا - عصيت ربك وبانت منك امرأتك . وفي موطأ مالك : بلغه أن رجلا قال لعبد الله بن عباس : إني طلقت امرأتك مائة تطليقة فإذا ترى علي ؟ فقال ابن عباس : طلقت منك ثلاثا وبسيع وتسعون اغتسلت بها آيات الله هزوا . وفي الموطأ أيضا : بلغه أن رجلا جاء إلى ابن مسعود فقال : إني طلقت امرأتك ثمانى تطليقات ، فقال : ما قيل لك . فقال : قيل لي بانت منك ، قال : صدقوا ، هو مثل ما يقولون وظاهره الإجماع على هذا الجواب . وفي سنن أبي داود وموطأ مالك عن محمد بن إياس بن البكير قال : طلق رجل امرأته ثلاثا قبل أن يدخل بها ، ثم بدا له أن ينكحها فجاء يستقي ، فلعبت معه فسأل عبد الله بن عباس وأبا هريرة عن ذلك

وكان عاصيا . وقال الشافعي : كل طلاق مباح يعني في حد ذاته ، وإنما قلت ذلك لئلا يرد على تعميمه الطلاق حالة

قالا : لانرى أن تنكحها حتى تنكح زوجها غيره ، قال : فإنما كان طلاق إياها واحدا ، فقال ابن عباس : إنك أرسلت من يملك ما كان لك من فضل . وهذا يعارض ما تقدم من أن غير المدخول بها إنما تطلق بالثلاث واحدة وجميعها يعارض ما عن ابن عباس . وفي موطن مالك مثله عن ابن عمر . وأما إعضاء عمر الثلاث عليهم فلا يمكن مع عدم مخالفة الصحابة له مع علمه بأنها كانت واحدة إلا وقد اطلعوا في الزمان المتأخر على وجود ناسخ . هذا إن كان على ظاهره أو لعلمهم بانتهاء الحكم كذلك لعلمهم بإناطته بزمان علموا انتفاءه في الزمن المتأخر فإنما نرى الصحابة تابعوا على هذا الأمر ولا يمكن وجود ذلك منهم مع اشتباه كون حكم الشرع المقرر كذلك أبدا ، فمن ذلك ما أوجدناك عن عمر وابن مسعود وابن عباس وأبي هريرة وروى أيضا عن عبدالله بن عمرو بن العاص . وأسند عبد الرزاق عن علقمة قال : جاء رجل إلى ابن مسعود فقال : إنى طلقت امرأتى تسعا وتسعين ، فقال له ابن مسعود : ثلاث تبينها وسافرن عدوان . وروى وكيع عن الأعمش عن حبيب بن ثابت قال : جاء رجل إلى علي بن أبي طالب فقال : إنى طلقت امرأتى ألفا ، فقال له علي : بانت منك بثلاث واقسم سائرهن على نسائك . وروى وكيع أيضا عن معاوية بن أبي يحيى قال : جاء رجل إلى عثمان بن عفان فقال : طلقت امرأتى ألفا فقال بانت منك بثلاث . وأسند عبد الرزاق عن عباد بن الصامت « أن أباه طلق امرأته ألف تطلقه . فانطلق عبادة فسأله صلى الله عليه وسلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : بانت بثلاث في مصيبة الله تعالى ، وبقي تسعمائة وسبع وتسعون علوانا وظلما ، إن شاء عبده الله وإن شاء غفر له » وقول بعض الحنابلة القائلين بهذا المذهب : توفي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن مائة ألف عين رأته فهل صبح لكم عن هؤلاء أو عن عشرين عشرين القول يلزم الثلاث بغير واحد بل لو جهدتم لم تطيقوا نقله عن عشرين نفسا باطل ، أما أولا لإجماعهم ظاهر ، فإنه لم يقل عن أحد منهم أنه خالف عمر رضي الله عنه حين أمضى الثلاث ، وليس يلزم في نقل الحكم الإجماعي عن مائة ألف أن يسمى كل يلزم في مجلد كبير حكم واحد على أنه إجماع سنكوي . وأما ثانيا فإن العبرة في نقل الإجماع ما نقل عن المجتهدين إلا العوام والمائة الألف الذين توفي عنهم رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تبلغ عدة المجتهدين الفقهاء منهم أكثر من عشرين كالخلفاء والعبادة وزيد بن ثابت ومعاذ بن جبل وأنس وأبي هريرة رضي الله عنه وقيل والباقيون يرجعون إليهم ويستفتون منهم . وقد أثبتنا النقل عن أكثرهم صريحا بإيقاع الثلاث ولم يظهر لهم مخالف فإذا بعد الحق إلا الضلال . وعن هذا قلنا : لو حكم حاكم بأن الثلاث بغير واحد واحدة لم ينفذ حكمه لأنه لا يسوغ الاجتهاد فيه فهو خلاف لا اختلاف ، والرواية عن أنس بأنها ثلاث أسندتها الطحاوي وغيره . وغاية الأمر أن يصير جميع أمهات الأولاد أجمع على نفيه ، وكن في الزمن الأول يمين ، وبما شئت إجماع الصحابة رضي الله عنهم لا حاجة إلى الاشتغال بالجواب عن قياسهم على الوكيل بالطلاق واحدة إذ طلق ثلاثا مع ظهور الفرق بأن مخالفته لا يحتمل عرجا عن الإبطال لخالفته الإذن ، والمكلفون وإن كانوا أيضا إنما يتصرفون بإذن الشرع لكن إذا أجمعوا على خلاف بعض الظواهر والإجماع حجة قطعية كان مقدما بأمر الشرع على ذلك الظاهر ، قلنا : أن لا تشتغل معه بتأويل ، وقد يجمع بما ذكرنا من الاطلاع على النسخ أو العلم بانتهاء الحكم لاتنهاء علته ، هذا وإن حل الحديث على خلاف ظاهره دفعا لمعارضة إجماع الصحابة رضي الله عنهم على ما أوجدناك من النقل

الحديث وفي ظهر قد جامعها فيه ، فإن الطلاق في هذين الوقتين حرام عنده أيضا . قال في تعليقه :

لأنه تصرف مشروع حتى يستفاد به الحكم والمشروعية لاجتماع الخطر، بخلاف الطلاق في حالة الحيض لأن المحرم تطويل العدة عليها لا الطلاق. ولنا أن الأصل في الطلاق هو الخطر لما فيه من قطع النكاح الذي تملتق به المصالح الدينية والدنيوية والإياحة للحاجة إلى الخلاص، ولا حاجة إلى الجمع بين الثلاث

عنهم واحدا واحدا، وعدم مخالفة لعمر في إضائه وظاهر حديث ابن مسعود رضي الله عنه، فتأويله أن قول الرجل أنت طالق أنت طالق أنت طالق كان واحدة في الزمن الأول لقصد المؤكد في ذلك الزمان، ثم صاروا يقصدون التجديد فأكثر مهم عمر رضي الله عنه ذلك لعله بقصد الم. وما قيل في تأويله أن الثلاث التي يوقعونها الآن إنما كانت في الزمان الأول واحدة تنبيه على تغير الزمان ومخالفة السنة فيشكل إذ لا يتجه حينئذ بقوله فأضاه عمر رضي الله عنه. وأما حديث ركائة فنكر، والأصح ما رواه أبو داود والترمذي وابن ماجه وأن ركائة طلق زوجته البتة، فحلفه رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه ما أراد إلا واحدة، فردها إليه فطلقها الثانية في زمن عمر رضي الله عنه، والثالثة في زمن عثمان رضي الله عنه، قال أبو داود: وهذا أصح. وأما المقام الثالث وهو كون الثلاثة بكلمة واحدة معصية أو لا فحكمي فيه بخلاف الشافعي رحمه الله استدلل بالإطلاقات من نحو قوله تعالى - لا اجتنح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن - وما روى أن عومرا السجلاني لما لعن امرأته وقال: كذبت عليها يا رسول الله إن أسكنها فهي طالق ثلاثا، ولم ينكر عليه صلى الله عليه وسلم. وفي بعض روايات حديث فاطمة بنت قيس: «طلقني زوجي ثلاثا، فلم يعمل لي النبي صلى الله عليه وسلم نفقة ولا سكنى» وطلق عبد الرحمن ابن عوف تماضر ثلاثا في مرضه، وطلق الحسن بن علي رضي الله عنه امرأته شيها ثلاثا لما هتته بالخلافة بعد موت علي رضي الله عنه، ولأن الطلاق مشروع والمشروعية لاجتماع الخطر، ألا ترى أنه لو طلق نساء الأربع دفعة جاز، فكذا الواحدة ثلاثا بطريق الأولى، بخلاف الطلاق في حالة الحيض لأنه يحرم المضارة بتطويل العدة عليها لا الطلاق، وبخلافه في الطهر الذي جامعها فيه يحرم لتلبس وجه العدة أهوالا أقراء أو الوضع لاحتال الحمل. ولنا قوله تعالى - الطلاق مرتان - إلى أن قال - فإن طلقها - فلزم أن لا طلاق شرعا إلا كذلك، لأنه ليس وراء

(لأنه تصرف مشروع حتى يستفاد به الحكم) وهو وقوع الطلاق، وكل ما هو مشروع لا يكون محظورا لأن المشروعية لاجتماع الخطر، فإن قيل: فكيف يصح العموم والطلاق في حالة الحيض حرام؟ أجاب بقوله (بخلاف الطلاق في حالة الحيض لأن المحرم تطويل العدة عليها لا الطلاق) وكذلك يقول المحرم فيها إذا طلقها في طهر جامعها فيه التلباس أمر العدة عليها فإنه إذا طلقها فيه تلبس أمر العدة عليها لا يندري أي حامل فتعتد بوضع الحمل أو حامل فتعتد بالأقراء، ثم قال: لا أعرف في الجمع بدعة ولا في الضريق سنة بل الكل مباح (ولنا أن الطلاق الأصل في الخطر لما فيه من قطع النكاح الذي تملتق به المصالح الدينية) من تحصين الفرج عن الزنا المحرم في جميع الأدبان (والدنيوية) لما فيه من المسكن والازدواج واكتساب الولد، وكل ما هو كذلك ينبغي أن لا يجوز وقوعه

(قال المصنف: ولنا أن الأصل في الطلاق هو الخطر) أقول: قال الكافي: فإن قال إنه مأثور به فأي يكون محظورا؟ قلنا: الأمر به لا يثبت في الخطر، فإن المحظور قد يرخص بصيغة الأمر حتى لا يقع في محظور فوقعه كالخض في المين وقطع الصلاة إلى آخر ما ذكره اه. قوله كالخض في المين: يعني قول النبي صلى الله عليه وسلم «من حلف على بين ورأى غيره ما شيرا فيها فليأت الذي هو خير منه ثم ليكثر من بينه» وقوله وقطع الصلاة: يعني لإدراك الجماعة.

وهي في المفرق على الأطهار ثابتة نظرا إلى دليلها ، والحاجة في نفسها باقية فأمكن تصوير الدليل عليها ، والمشروعية في ذاته من حيث أنه إزالة الرق لانتفاء الحظر لمعني في غيره وهو ما ذكرناه ،

الحسن شيء ، وهذا من طرق الحصر فلا طلاق مشروع ثلاثا بمرة واحدة وكان يتبادر أن لا يقع شيء كما قال الإمامية ، لكن لما علمنا أن عدم مشروعيته كذلك لمعني في غيره وهو تقويت معنى شرعيته سبحانه له كذلك وإمكان التدارك عند التدم ، وقد يهود ضرره على نفسه وقد لا ، وهذا معنى قوله والمشروعية في ذاته لانتفاء الحظر إلى آخره على مانئين . ولنا أيضا ما قلناه من قول ابن عباس رضي الله عنهما للذي طلق ثلاثا وجاء يسأل : عصيت ربك . وما قلناه من مسند عبد الرزاق في حديث عبادة بن الصامت حيث قال صلى الله عليه وسلم « بانت بثلاث في معصية الله تعالى » وكذا ما حدث الطحاوي عن ابن مرزوق عن أبي حذيفة عن سفيان عن الأعمش عن مالك بن الحريث قال : جاء رجل إلى ابن عباس فقال : إن عني طلاق امرأتين ثلاثا ، فقال : إن علك حصي الله فأقم ، وأطاع الشيطان فلم يجعل له مخرجا ، وما روى النسائي عن محمود بن ليبد قال « أخبر رسول الله صلى الله عليه وسلم عن رجل طلق امرأتين ثلاثا جميعا فقام غضبان فقال : أيلعب بكتاب الله عز وجل وأنا بين أظهركم حتى قام رجل فقال : يا رسول الله ألا أقوله » وأما ما في بعض الشروح من نسبة الطلاق المذكور إلى محمود بن ليبد فغير معروف ، وحينئذ فيجب حل ما روى عن بعض الصحابة من الطلاق ثلاثا أنهم قالوا ثلاثا للسهة ، وأيضا لما ذكر المصنف من أن الأصل في الطلاق هو الحظر لما فيه من قطع المصالح الدينية والدنيوية والأدلة السمعية التي ذكرناها ، وإنما يباح للحاجة إلى الخلاص من المقاسد التي قد تعرض في الدين والدنيا فيعود على موضوعه بالتقص ، ولا حاجة إلى الجمع بين الثلاث بخلاف تفريقها على الأطهار فإثباته نظرا إلى دليلها ، وقد قلنا أن الحاجة باطنة ، فأبطل الحكم بالحل على دليلها وهو الإقدام عليه في زمن الرغبة ، فإذا طلقها في كل طهر طلقة حكم بالحاجة إلى الثلاث كذلك فورد عليه أن دليل الحاجة إنما يعتبر عند تصور الحاجة وهي ههنا غير متصورة للعلم بارتفاعها بالطلقة الواحدة ، فأجاب بمنع انتفاها بالكلية لما قررناه في جواب مالك من أن الحاجة قد تتحقق إلى فطام النفس على وجه يأمن ظاهرا عروض التدم ، وطريق دفعها حينئذ الثلاث مفرقة على الأطهار لا مجموعة لما وجهنا به (قوله والمشروعية في ذاته) جواب عن قوله مشروع فلا ينافي الحظر :

في التشرع إلا أنه أبيع للحاجة إلى الخلاص كما تقدم ولا حاجة إلى الجمع بين الثلاث . فإن قيل : فكما لا حاجة إلى الجمع بين الثلاث فكذلك لا حاجة إلى المفرق على الأطهار . أجاب بقوله (وهي) أي الحاجة (في المفرق على الأطهار ثابتة نظرا إلى دليلها) وهو الإقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وهو الطهر كما تقدم ، والحكم يدار على دليل الحاجة لكونها أمرا مبطنا . فإن قيل : دليل الحاجة إنما يقام مقام الحاجة فيها يتصور وجودها وههنا لا يتصور لأن الحاجة إلى الخلاص عن عهدته النكاح في الطهر الثاني والثالث مع ارتفاع النكاح بالأول غير متصور . أجاب بقوله (والحاجة في نفسها باقية) يعني لاحتمال أن تكون سببة الأخلاق بذية اللسان فيسد على الزوج باب إمكان التدارك مع صفاته عن عروض التدم . قال فخر الإسلام : وعلى هذا يجوز أن يباح الثلاث جملة لكنها علة تعارض النص فلم تؤثر . وأظن أنه أراد بالنص قوله تعالى - الطلاق مرتان فإنه يدل على أنه مفرق ، ويجوز أن يراد قوله عليه الصلاة والسلام لا ين عمر « إن من السنة أن تستغسل الطهر استقبالا الحديث » (قوله والمشروعية في ذاته) جواب عن قوله والمشروعية لانجام الحظر . وجهه أن المشروع لذاته لا يجوز أن يكون محظورا لذاته

وكذا إيقاع التنتين في طهر واحد بدعة لما قلنا. واختلفت الرواية في الواحدة البائنة. قال في الأصل : إنه أخطأ السنة لأنه لا حاجة إلى إثبات صفة زائلة في الخلاص وهي البينونة، وفي الزيادات أنه لا يكره الحاجة إلى الخلاص ناجزا (والسنة في الطلاق من وجهين : سنة في الوقت ، وسنة في العدد . فالسنة في العدد يستوى فيها المدخول بها وغير المدخول بها) وقد ذكرناها (والسنة في الوقت تثبت في المدخول بها خاصة ، وهو أن يطلقها في طهر لم يجامعها فيه)

يعنى أن مشروعيتها باعتبار ذاته ، فإنه في ذاته إزالة الرق لما قلنا من أن النكاح نوع رقي فلا ينافي المحظر لغيره وهو ما ذكرنا من أن فيه قطع متعلق المصالح الدينية والدنيوية فجاز إثبات مشروعيتها في ذاته مع حظره لذلك فيصح إذا وقع ويستعقب أحكامه مع استحقاق العقاب إذا لم يكن مسوغ المحظر الحالى كالصلاة في الأرض المفسوبة . والوجه في تقريره أنه مشروع من حيث هو دافع لحاجة لزوم قضاء الدين والدنيا ، ولا ينافيه كونه غير مشروع من حيث إنه إضرار وكفران بلا حاجة ، ولهذا أحسن من قوله مشروع في ذاته البغ إذا تأملت لأن هذا التفصيل هو الواقع في نفس الأمر ، وسيصرح به في وجه قول أبي حنيفة وأبي يوسف في طلاق الحامل حيث قال : ولهما أن الإباحة بعلة الحاجة (قوله وكذا إيقاع التنتين في الطهر الواحد بدعة لما قلنا) من أنه لا حاجة إلى الزيادة على الواحدة (قوله واختلفت الرواية في الواحدة البائنة ، قال في الأصل) يعنى أصل المتوسط وهو الكافي للحاكم أبي الفضل أخطأ السنة ، وهو ظاهر الرواية لأنه لا حاجة في الخلاص إلى إثبات صفة البينونة ، وأنه يسد على نفسه باب التدارك عند عدم اختيار المرأة الرجعة . وفي الزيادات : لا يكره الحاجة إلى الخلاص ! ناجزا ، والمراد زيادات الزيادات فلا يشكل لإطلاق الزيادات عليها ، وما يدل على صحة هذه أن أبا ركانة طلق امرأته البينة والواقع بها بائن ولم ينكر صلى الله عليه وسلم عليه ، والقياس على الخلع . والجواب بمجوز أن يكون أبو ركانة طلق امرأته قبل الدخول أو أنه أخر الإنكار عليه لحال اقتضت تأخيرها إذ ذاك ، والخلع لا يكون إلا عند تحقق الحاجة وبلوغها النهاية ، ولهذا روى عن أبي حنيفة أن الخلع لا يكره حالة الحيض (قوله والسنة في الطلاق من وجهين : في الوقت والعدد ، فالسنة في العدد يستوى فيها المدخول بها وغير المدخول بها وقد ذكرناها) وهي أن يطلق واحدة ، فإذا طلق غير المدخول بها ثلاثا كان عاصيا ، ففي التي خلا بها أولى أن يكون معصية ، ولا يفتى أن الاستبراء بينهما مطلقا متعلق . فإن السنة من حيث العدد في المدخول بها تثبت بقسميها أن يطلقها واحدة ليس غير وأن يلحقها بأخرين عند الطهر ، ولا يتصور ذلك في غير المدخول بها إذ لا عدة لها ، وهذا ظاهر (قوله والسنة في الوقت تثبت في المدخول بها خاصة) وكأنه عمم المدخول بها في التي

أما إذا كانت المشروعية للمات والمحظر لمعنى في غيره كما ذكرنا من فوائد مصالح الدين والدنيا فلا تنافي إذ ذاك كالتابع وقت النداء والصلاة في الأرض المفسوبة وقد قررناه في التقرير ، وكذا إيقاع التنتين في الطهر الواحد بدعة لما قلنا إنه لا حاجة إلى الجمع بين الثلاث . وقوله واختلفت الرواية : ظاهر . قال (والسنة في الطلاق من وجهين : أحدهما في الوقت ، والآخر في العدد ، فالسنة في العدد يستوى فيها المدخول بها وغيرها وقد ذكرناها) وهي أن لا يزيد على الواحدة وسمى الواحد عددا مجازا لكونه أصل العدد وهو ما يكون نصف حاشيته (والسنة في الوقت في المدخول بها خاصة وهو أن يطلقها في طهر لم يجامعها فيه) لما ذكرنا أن شرعيته باعتبار الحاجة ،

(قوله وسمى الواحد عددا مجازا لكونه أصل العدد وهو ما يكون نصف حاشيته) أقول : قوله هو راجع إلى العدد

لأن المراعى دليل الحاجة وهو الإقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وهو الطهر الخالي عن الجماع ، أما زمان الحيض فزمان النفرة ، وبالجماع مرة في الطهر تنقثر الرغبة (وغير المدخول بها يطلقها في حالة الطهر والحيض) خلافا لفرز رحمه الله ، هو يقيسها على المدخول بها . ولنا أن الرغبة في غير المدخول بها صادقة لاقتل بالحيض مالم يحصل مقصوده منها ، وفي المدخول بها تتجدد بالطهر . قال (وإذا كانت المرأة لا تحيض من صغر أو كبر فأراد أن يطلقها ثلاثا للسنة طلقها واحدة : فإذا مضى شهر طلقها

خلا بها فإنها أيضا يجب مراعاة السنة في طلاقها ، وذلك الوقت هو الطهر الذي لاجماع فيه ولا في الحيض الذي قبله فلزم في التخلص من البدعة في المدخول بها مراعاة السنتين ، فلو أخل بإحداهما لزمّت المعصية ، وإلتزمنا لأن المراعى في تحقق إباحة الطلاق دليل الحاجة إليه وهو الإقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة ، وزمان تجدهما هو الطهر الخالي عن الجماع لازمان الحيض ، ولا الطهر الذي جومت فيه . أما زمان الحيض فأنه زمان النفرة الطبيعية والشرعية ، وأما الطهر الذي جومت فيه فلأن بالجماع مرة تنقثر الرغبة . وأما غير المدخول بها فالرغبة فيها متوفرة مالم يلتحق ، فطلاقها في حال الحيض يقوم دليلا على تحقق الحاجة فجاز أن يطلقها في حال الطهر والحيض جميعا ، خلافا لفرز : هو يقيسها على المدخول بها بجماع أنه وقت النفرة فلم يكن الطلاق فيه دليل الحاجة فلا يباح ، وفيها ذكرنا جوابه بالفرق وهو قوله الرغبة في غير المدخول بها صادقة لاقتل بالحيض . فإن قلت : هذا تعليل في مقابلة النص وهو قوله صلى الله عليه وسلم لا ينعم به ما وكلنا أمره الله فالجواب أن الإشارة من قوله هكذا إلى طلاقه الخاص الذي وقع منه فجاز كون تلك كانت مدخولا بها ولأنه قال في رواية في هذا الحديث وقتلك العدة التي أمر الله تعالى أن يطلق لها النساء والعدة ليست إلا للبندول بها (قوله وإذا كانت المرأة لا تحيض من صغر أو كبر) لم تبلغ سن الحيض وهو تسع على المختار ، وقيل ثمان وسبع (أو كبر) بأن كانت المرأة آيسة بنت خمس وخمسين على الأظهر أو لأنها بان بلغت بالنسب ولم ترهما أصلا (فأراد أن يطلقها طلاق السنة طلقها واحدة فإذا مضى شهر طلقها

والمراعى دليلها) وهو الإقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وهو الطهر الخالي عن الجماع ، أما زمان الحيض فزمان النفرة ، وبالجماع مرة في الطهر تنقثر الرغبة (فلم يكن فيها دليل الحاجة ليقام مقامه ، وغير المدخول بها حيث لم يئل منها شيئا فالرغبة فيها باقية سواء كان في حالة الحيض وفي حالة الطهر فلم يخرج طلاقها من السن في أي وقت كان) خلافا لفرز فإنه يقيسها على المدخول بها (وقوله ولنا واضح . وعروض بأن ما ذكرتم تعليل في مقابلة النص ، فإن قوله عليه الصلاة والسلام لا ينعم به ما وكلنا أمره إنما السنة أن تستقبل الطهر بإطلاقه يدل على أن الطلاق في حالة الحيض ليس بسنة من غير تفرقة بين المدخول بها وغير المدخول بها ولا عبرة بخصوص السبب . وأجيب بأن الخصوص لم يثبت بخصوص السبب ، بل لقوله عليه الصلاة والسلام لعمره مرة فليراجعها (وإن كانت المرأة لا تحيض من صغر أو كبر فأراد أن يطلقها ثلاثا للسنة طلقها واحدة فإذا مضى شهر طلقها أخرى فإذا مضى شهر طلقها أخرى لأن الشهر

قوله (وأجيب بأن الخصوص لم يثبت ، بل قوله بل يقوله صلى الله عليه وسلم لعمر مرة فليراجعها) أقول : فإن الرغبة تكون في السنة ولا ملة على غير المدخول بها (قال المصنف : وإذا كانت المرأة لا تحيض من صغر أو كبر) يعني بأن كانت آيسة بنت خمس وخمسين على الأظهر ، أو لا تحيض بأن كانت حاملة (قال المصنف : فأراد أن يطلقها لسنة الخ) أقول : هذا عند أبي سنينة وأبي يوسف ورحمهما الله وسببه بعد سقوط دليله الخاص .

أخرى ، فإذا مضى شهر طلقها أخرى (لأن الشهر في حقها قائم مقام الحيض ، قال الله تعالى - واللآئي يئسن من المحيض - إلى أن قال - واللآئي لم يحضن - والإقامة في حق الحيض خاصة حتى يقلد الاستبراء في حقها بالشهر الحيض.

أخرى ، فإذا مضى شهر طلقها أخرى ، قال الله تعالى - واللآئي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللآئي لم يحضن - أى لم يحضن بعد فيما مضى لأن لم تقلب معنى المضارع إلى المضي فأقام الأشهر مقام الحيض حيث نقل من الحيض إليها : وأيضا نص على أن الأشهر علة بقوله تعالى - فعدتهن ثلاثة أشهر - والعدة في ذوات الحيض ليس إلا الحيض لا المجموع ، فلم بالضرورة كون الأشهر بدل الحيض وشرح بالاستبراء فإنه في ذوات الحيض يحضة وجعل فيمن لا تحيض بشهر ، ويموز كون الإقامة باعتبارها مع لازمه من الطهر المضاف إلى كل حيضة . ورجح بأنه لو لم يكن كذلك اكتفى بعشرة أيام لأنها أكثر الحيض المجهول علة ، والحيض المجهول علة هو الذى يفصل بينه وبين مثله طهر صحيح بحيث تكون عدهما غالبا شبرا ، وفرق بين قولنا هو بدل عن حيض يتخللها أطهار وقولنا بدل عن الحيض والأطهار المتخللة ، فالطهر ضرورة تحققها لأمن مسماها ، وما ألزم به من أنه لو كان مقام الحيض والطهر جميعا لزم منع الطلاق في الشهر الثاني لأنه في الحيض حكما مدفوع بأنه مقامه في أنه علة فقط لآي ذاته وذات الشهر طهر ولا في حكم آخر ، ألا يرى أن الطلاق عقيب الجماع في طهر ذوات الأقراء حرام وفي الآيسة والصغيرة لا يحرم ، فكنا الطلاق في الشهر الثاني ، وهذا

في حقها قائم مقام الحيض لقوله تعالى - واللآئي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللآئي لم يحضن -) يعنى إن أشكل عليكم حكم اعتداد هاتين الطائفتين فحكهن هذا . وقوله (واللآئي لم يحضن) مبتدأ خبره محذوف : أى واللآئي لم يحضن فعدتهن ثلاثة أشهر . وقوله (والإقامة في حق الحيض خاصة) قيل هو إشارة إلى ما اختاره بعض أصحابنا أن الشهر قائم مقام الحيض خاصة دون الحيض والطهر جميعا كما اختاره آخرون . وقال شمس الأئمة : ظن بعض أصحابنا أن الشهر في حق آي لا تحيض بمنزلة الحيض والطهر في حق آي تحيض وليس كذلك ، بل الشهر في حقها بمنزلة الحيض في حق آي تحيض حتى يتقدر به الاستبراء ويفصل به بين طلاق السنة ، وهذا لأن المتحر في حق ذوات الأقراء الحيض ، ولكن لا يتصور تجلده الحيض إلا بتخلل الطهر ، وفي الشهور يتعلم هذا المعنى فكان الشهر قائما مقام ما هو المتحر : وفيه بحث من وجهين : أحدهما ما ذكره صاحب النهاية أن الشهر لما أقيم مقام الحيض ، فإذا أوقع الطلاق في أى شهر كان من الأشهر الثلاثة كان موقعا للطلاق في الحيض فكان حراما كما في حالة الحيض . والثاني ما ذكره بعض الشارحين أن الشهر لو قام مقام الحيض خاصة لما احتيج إلى إقامة ثلاثة أشهر مقام ثلاث حيض بل يكفى بإقامة شهر واحد مقام ثلاث حيض لأن الحيض أكثره عشرة أيام ومدة ثلاث حيض تحصل في شهر واحد لكن اللازم متنت فينتي للزوم . وأجيب عن الأول بأن هذه المدة طهر حقيقة ، ولكن أقيمت مقام الحيض ، وما قام مقام الشيء لا يميز أن يكون في معناه من كل وجه وإلا كان عينه لا قائما مقامه فكان قائما مقامه في انقضاء العدة والاستبراء خاصة ، ألا ترى أن الطلاق بعد الجماع في ذوات الأقراء حرام وفي الآيسة والصغيرة ليس بحرام ، ولو كان الأشهر بدلا عن الأقراء في جميع الأحكام لكان محرما كما في ذوات الأقراء ، كذا ذكره شيخ الإسلام . والجواب عن الثاني أن الشرع أقام الأشهر

(قوله والثاني ما ذكره بعض الشارحين) نقول : أراده الإيهام (قوله لكان محرما كما في ذوات الأقراء) أقول : سواء كان مع الطهر

وهو بالحيفض لا بالطهر . ثم إن كان الطلاق في أول الشهر تعتبر الشهور بالأهلة ، وإن كان في وسطه فبالأيام في حق التفريق ، وفي حق العدة كذلك عند أبي حنيفة وعندهما يكمل الأول بالآخر والمتوسطان بالأهلة وهي مسألة الإجازات . قال (ويجوز أن يطلقها ولا يفصل بين وطئها وطلاقها بزمان)

الخلافاً قليل الجملوى لا ثمة له في القروع (قوله إن كان الطلاق وقع في أول الشهر) هو أن يقع في أول ليلة رثى فيها الحلال (تعتبر الشهور بالأهلة) اتفاقاً في التفريق والعدة (وإن كان وقع في وسطه فبالأيام في التفريق) أي في تفريق الطلاق بالاتفاق فلا تطلق الثانية في اليوم الموفى ثلاثين من الطلاق الأول بل في الحادى والثلاثين فما بعده لأن كل شهر معتبر بثلاثين يوماً ، فلو طلقها في اليوم الموفى ثلاثين كان جامعا بين طلاقين في شهر واحد (وفي حق العدة كذلك عند أبي حنيفة) تعتبر بالأيام ، وهو رواية عن أبي يوسف فلا تنقضى عدتها إلا بمضى تسعين يوماً (وعندهما يكمل الأول بالآخر والشهران المتوسطان بالأهلة) وقوله في الفتاوى الصغرى : تعتبر في العدة بالأيام بالإجماع يخالف نقل الخلاف (قوله وهي مسألة الإجازات) يعني إذا استأجر ثلاثة أشهر في رأس الشهر اعتبرت بالأهلة اتفاقاً ناقصة كانت أو كاملة وإن استأجرها في أثناء شهر تعتبر الأشهر الثلاثة بالأيام عنده ، وعندهما يكمل الشهر الأول بالآخر وفيها بين ذلك بالأهلة . وقيل الفتوى على قولها لأنه أسهل وليس بشيء . ووجه بأن الأصل في الأشهر الأهلة فلا يعدل عنه إلا لضرورة ، وهي مندفة بتكميل الأول بالآخر . ويمكن أن يقول ذلك في الأشهر العربية وهي المسماة بالأسماء ، وهو لم يستأجر مدة جماديين ورجب ثلاثة أشهر مثلاً وليس يلزم من ذلك الأهلة ، وحينئذ فلا بد من تسعين لأنه لما لم يلزم من مسمى اللفظ الأهلة صار معناه ثلاثة أشهر من هذا اليوم فلا ينتقض هذا الشهر حتى يدخل من الآخر أيام ثم يبدأ الآخر من حين انتهى الأول فيلزم كذلك في الثلاثة (قوله ويجوز أن يطلقها) أي يطلق التي لا تحيض من صفر أو كبر (ولا يفصل بين وطئها وطلاقها بزمان)

مقام حيض تنقضى بها العدة ، وهي إما تكون في ثلاثة أشهر غالباً ، فأقيمت الأشهر مقام الحيض التي كانت توجد فيها ولم يتم الأشهر مقام مدة الحيض حتى يكتب بشهر واحد ولم تظهر في فائدة هذا الاختلاف . وما ذكره صاحب النهاية أن ثمرته: تظهر في حق إلزام الحجة ، فإنهم لما أجمعوا على أن في الاستبراء يكتب بالحيض لا غير من غير توقف إلى الطهر والشهر قائم مقامه في حق التي لا تحيض علمنا أن الشهر قائم مقام الحيض لا غير لأن الخلف إنما يعمل فيها بعمل فيه الأصل ، واشتراط الحيض مع الطهر في ثلاث حيض إنما كان لتحقيق عدد الثلاث لا لدات الطهر على ما ذكر في المبسوط ، ولو كان لداته لاشتراط فيها لا يشترط فيه العدد من الحيض فكانوا محسوبيين بما قلنا إلى هذا لفظه ليس بشيء كما ترى ، لأن إلزام الحجة على أحد المختلفين لا يكون فائدة الاختلاف ، إذ البداية تشهد بأن غرض الإنسان من الاختلاف في مسألة لا يكون إلزام الحجة على الخصم . قال (ثم إن كان الطلاق في أول الشهر) إذا كان إيقاع الطلاق في أول الشهر تعتبر الشهور القائمة مقام الحيض بالأهلة كاملة كانت أو ناقصة ، وإن كان في وسطه فبالأيام في حق التفريق بين طلاق السنة وذلك ثلاثون يوماً بالاتفاق ، وفي حق العدة كذلك عند أبي حنيفة لا يحكم بانقضاء العدة إلا بتمام تسعين يوماً من وقت الطلاق ، وعندهما يكمل الأول بالآخر والمتوسطان بالأهلة (وهي مسألة الإجازات) على ما سنأتى إن شاء الله تعالى . قال (ويجوز أن يطلقها) أي الآيسة أو الصغيرة (ولا يفصل بين وطئها وطلاقها بزمان) قال خمس الآيسة الحلواتي : وكان شيخنا يقول هذا إذا كانت

كما قاله ذلك البعض أولاً (قوله وما ذكره صاحب النهاية) إلى قوله : ليس بشيء (أقول : قوله وما ذكره مبتدأ ، وقوله ليس بشيء خبره (قوله ويجوز أن يطلقها) أي الآيسة والصغيرة (أقول : والأظهر أن ما ذكره بيان سائل للمع ، وإلا فالصغير راجع إلى

وقال زفر : يفصل بينهما بشهر لقيامه مقام الحيض ، ولأن بالجماع تفتقر الرغبة ، وإنما تتجدد بزمان وهو الشهر . ولنا أنه لا يتوهم الحبل فيها ، والكراهية في ذوات الحيض باعتباره . لأن عند ذلك يشبه وجه العدة ،

وبه قالت الأئمة الثلاثة . وقال زفر : يفصل بين وطئها وطلاقها بشهر . وفي المحيط قال الحلواني : هذا في صغيرة لا يرجى حبلها ، أما فيمن يرجى فالأفضل له أن يفصل بين وطئها وطلاقها بشهر كما قال زفر . ولا يخفى أن قول زفر ليس هو أفضلية الفصل بل لزوم الفصل ، لأن الشهر قائم مقام الحيض في التي تحيض وفيها يجب الفصل بحيضه ، ففي من لا تحيض يجب الفصل بما أقم مقامه وهو الشهر ، ولأن بالجماع تفتقر الرغبة وإنما تتجدد بزمان (قوله ولنا أنه لا يتوهم الحبل فيها) أي في التي لا تحيض من صغر أو كبر (والكراهية) أي كراهة الطلاق في الطهر الذي جامع فيه في ذوات الحيض لتوهم الحبل فيشبه وجه العدة أنها بالحيض أو بالوضع ، وهذا الوجه يقتضي في التي لا تحيض لا لصغر ولا لكبر بل اتفق امتداد طهرها متصلا بالصغر ، وفي التي لم تبلغ بعد وقد وصلت إلى سن البلوغ أن لا يجوز تعقيب وطئها بطلاقها لتوهم الحبل في كل منهما . ولما كان ظاهرا أن يقال قد غلّط منع الطلاق في الطهر الذي جامع فيه آتفا بفتور الرغبة فلم يقع الطلاق دليل الحاجة بغاية الأمر أن الطلاق في ذلك الطهر ممنوع من وجهين : لأشبهاء العدة ، ولعلم المبيح وهو الطلاق مع عدم دليل الرغبة . وفي الصغيرة والآيسة إن فقد الأول فقد وجد الثاني فيمتنع . أجاب بقوله والرغبة الخ . وحاصله منع عدم الرغبة مطلقا بجماع هذه ، بل انتفى سبب من أسبابها وهو لا يستلزم عدمه مطلقا إلا لو لم يكن من وجه آخر وقد وجد وهو كونه وطئا غير معلق قرارا عن مؤن الولد فكان الزمان زمان رغبة في الوطء وصار كزمان الحبل . وعلى هذا التقرير لامعنى للسؤال القائل لما تعارضت جهة الرغبة مع جهة الفتور تساقطتا بقي الأصل وهو حظر الطلاق ، وتكلف جوابه لأن حاصل الوجه أن الرغبة سببين : عدم الوطء مدة تتجدد الرغبة عند آخرها عادة ، وكون الوطء غير معلق ، فعدم المدة فقط بالوطء القريب علم أحد السببين مع قيام الآخر وذلك لا يوجب عدم الرغبة . هذا ثم يمكن أن يقال : ينبغي أن يقتصر في الجواب على منع عدم الرغبة ويترك جميع ما قبل من التعليل بعد توهم الحبل وإدعاء أن الكراهية في ذوات الحيض باعتباره فإنه تعليل بما لا أثر له لأنها عقيب الطلاق مترتبة على كل حال إلى أن ترى

صغيرة لا يرجى منها الحيض والحبل ، وأما إذا كانت صغيرة يرجى منها الحيض والحبل فالأفضل أن يفصل بين وطئها وطلاقها بشهر ، ولا منافاة بينه وبين قول المصنف لأن الأفضلية لاثنتي الجواز (وقال زفر : يفصل بينهما بشهر لقيامه مقام الحيض) فيمن لا تحيض ، وفيها يفصل بين طلاقها ووطئها بحيضه فكذا ههنا بشهر ، ولأن الرغبة تعتبر بالجماع فكانت بمنزلة ذوات الأقراء إذا جُمعت في الطهر وإنما تتجدد الرغبة بزمان فلا بد منه وهو الشهر (ولنا أنه لا يتوهم الحبل فيها) أي في التي نحن فيها من الآيسة والصغيرة (والكراهية) أي كراهية الطلاق بعد الجماع (في ذوات الحيض كانت باعتبار الحبل لأن عند ذلك يشبه وجه العدة) فلا يلزم أن انقضاءها يكون بوضع

من لا تحيض لصغر أو كبر (قال المصنف : ولنا أنه لا يتوهم الحبل فيها الخ) أقول : قد سبق في باب المهر أنه يجب العدة في الخلوة صحيحة كانت أو فلسفة في التي لا تحيض أولا لتوهم الشغل (قال المصنف : لأن عند ذلك يشبه وجه العدة) أقول : قال ابن الحمام : هذا تعليل بما لا أثر له لأنها عقيب الطلاق مترتبة على كل حال إلى أن ترى أنهم ثلاث مرات أولاءه انقضاءه في العدة إلى أن يظهر حملها وتنع أو يظهر أنه أمته طهرها فتصير إلى أمر الله ، فهنا الحال لا يختلف بوطئها في الطهر الذي فيه الطلاق وعدم وطئها له . وسنجد هذا العامل الفارق قبل النظر إلى هذا المقام من الترحيح ، ثم قال الشارح : والخ إن كراهة الطلاق عقيب الجماع في ذات الحيض لعروضه التام بظهور الحبل لمكان الولد

والرغبة وإن كانت تقدر من الوجه الذى ذكر لكن تكثر من وجه آخر لأنه يرغب فى وطء غير معلق فرأى عن مؤن الولد فكان الزمان زمان رغبة وصار محرمان الحبل (وطلاق الحامل يجوز عقيب الجماع) لأنه لا يؤدى إلى الحثابة وجه العدة ، وزمان الحبل زمان الرغبة فى الوطء لكونه غير معلق أو يرغب فيها لمكان ولده منها فلا تقل الرغبة بالجماع (ويطلقها للسنة ثلاثا بفصل بين كل تطليقتين بشهر عند أبى حنيفة وأبى يوسف . وقال محمد وزفر) (لا يطلقها للسنة إلا واحدة) .

الدم ثلاث مرات أو لاثاره فاستمر فى العدة إلى أن يظهر حملها وتضع أو يظهر أنه امتد طهرها بأن لم يظهر حملها فخصبر لأمر الله ، فهذا الحال لا يختلف بوطئها فى الطهر الذى فيه الطلاق وعدم وطئها فيه ، فظهر أن التعليل باشتباه وجه العدة لا أثر له ، إذ لم يبق فوق بين اعتدادها إذا جومت فى الطهر وعدمه إلا بتجويز أنها حملت أولا وهذا لا يختلف معه الحال التى ذكرنا من اعتدادها . لا يقال : إنه على أصل الشافعى من أن الحامل تحيض يصبح التعليل به لأنها بعد الانفصال من الوطء يجوز الحبل وإن رأت الدم فلا يجرم بعدم رؤيته ثلاثا إلا إذا مضت مدة يظهر فى مثلها الحبل ولم يظهر بل وعلى أصلنا لأننا لا نمنع من رؤية الحامل الدم ، بل نقول : إن ما تراه فهو استحاضة ، فمع تجويز الحبل لا يفتن بأن ما رآه حيض أو استحاضة وهى حامل إلى أن تذهب مدة لو كانت حاملا فيها لظهر الحبل . لأننا نقول : هذا بمنه جار فيها لو وطئت فى الطهر الذى يليه طهر الطلاق ، فلو اعتبر مانعا منع الوطء فيه أيضا خصوصا فى آخره . والحق أن كراهة الطلاق عقيب الجماع فى ذات الحيض لعروض الندم بظهور الحبل لمكان الولد وشتات حاله وحال أمه (قوله وطلاق الحامل يجوز عقيب الجماع لأنه لا يؤدى إلى اشتباه وجه العدة) إن اعتبر حائضا ، ولأنه زمان الرغبة فى الوطء لكونه غير معلق لأنه اتفق أنها قد حبلت أحبه أو خطه فبقى أمنا من غيره فيرغب فيه لذلك ، أو لمكان ولده منها لأنه يتقوى به الولد فيقصد به نفعه فظهر أنه لا حاجة إلى قوله فيها بل الرغبة فى الوطء لكل من الأمرين (قوله ويطلقها ثلاثا للسنة بفصل بين كل تطليقتين بشهر عند أبى حنيفة رحمه الله وأبى يوسف رحمه الله . وقال محمد وزفر رحمه الله : لا يطلقها للسنة إلا واحدة)

الحمل أو باقبضاء المدة (قوله والرغبة وإن كانت تقدر من الوجه الذى ذكر) جواب قول زفر أن الرغبة بالجماع تفر وهو ظاهر . واعترض بأن جهة الرغبة والفتور لما تمارضتا تساقطتا بالمعارضة فرجنا إلى الأصل (هو أن الأصل فى الطلاق الحظر لما مرفحرم عدم الفصل بين وطئها وطلاقها) ، وهو فاسد لأن الأصل لا يدخل له فى إيجاب الفصل بين الوطء والطلاق لذاته ، وإنما تأثيره أن لا يقع الطلاق أصلا أو لا يتكرر كما تقدم . وإنما المدخل فى ذلك للدليل الحاجة وهو الإقدام على الطلاق فى زمان تجدد الرغبة ، وقد سقطت جهة الرغبة بالمعارضة فينتفى الحكم الشرعى الدائر على الدليل وهو القصل (قوله وطلاق الحامل يجوز عقيب الجماع) واضح .

وشتات حاله وحال أمه (قوله وإنما تأثيره أن لا يقع الطلاق الخ) أقول : سببنا ما تمال : تأثير ذلك الأصل أن لا يقع الطلاق إلا حيث يوجب دليل الحاجة إليه ، فلما اتفق الدليل عقيب الوطء لم يجوز الطلاق فيه قلا به من زمان يتحقق فيه ذلك وهو الشهر ، والأول أن يصل قوله والرغبة وإن كانت تقدر الخ على منع وجود الرغبة فيه ، فلها وإن انبثت من الحاجة التى ذكرها فقد وجدت من جهة أخرى فليأجل (قوله وقد سقطت جهة الرغبة الخ) أقول : إذا سقطت جهة الرغبة وإبادة الطلاق كان الإقدام عليه فى زمان تجديد لا يباح الطلاق فيه وهو متى وجوب القصل .

لأن الأصل في الطلاق الحظر ، وقد ورد الشرع بالتفريق على فصول العدة ، والشهر في حق الحامل ليس من فصولها فصار كالمتمد طهرها . ولهما أن الإباحة بيلة الحاجة والشهر دليلها كما في حق الآيسة والصغيرة ، وهذا لأنه زمان تجدد الرغبة على ما عليه الجلبة السليمة فصلح علما ودليلا ، بخلاف المتمد طهرها لأن العلم في حقها إنما

وقال بلغنا ذلك عن ابن مسعود وجابر بن عبد الله والحسن البصري (ولأن الأصل في الطلاق الحظر ، وقد ورد الشرع بإحلال الثلاث مفرقا على فصول العدة في ذوات الحيض) وورد بإقامة الأشهر مقام الحيض في الصغيرة أو الآيسة فصيح الإلحاق في تفريقها على الأشهر (والشهر في حق الحامل ليس من فصول عدتها فصارت الحامل كالمتمد طهرها) وفيها لا يفرق الطلاق على الأشهر فكلها الحامل ، وقول محمد رحمه الله قول الأئمة الثلاثة (ولهما أن الإباحة بيلة الحاجة) وقدمنا أنها لا تنفي مطلقا بالطلقة الواحدة فشرع لدفعها على وجه لا يقب التدم والتفريق على أوقات الرغبة وهي الأطهار التي على الحيض ليكون كل طلاق دليل قيامها ولا دخل لكونها من فصول العدة لو كانت فصولا فكيف وفصولها ليس إلا الحيض لأنها العدة لا الأطهار عندنا ، فكونها فصلا من فصول العدة ليس جزء المؤثر بل المؤثر . دليل الحاجة وشرط دلالة كونه في زمان تجدد الرغبة والتجدد بعد الفتر لا يكون عادة إلا بعد زمان ، ونحن رأينا الشرع فرقها على الأطهار وجعل الإيقاع أول كل طهر جائزا علما أنه حكم بتجديد الرغبة عند تحقق قدر مقابلة من الزمان إلى مثله من أول طهر يليه وذلك في الغالب شهر ، فأدركنا الإباحة على الشهر ، وعلى هذا فالتفريق على الأشهر في الآيسة والصغيرة ليس لكونها فصولا لإقامتها مقام العدة بل لما ذكرنا فالإثبات فيهما أيضا بالقياس لا بالنص ودلالته ، بخلاف ما قاس عليه من تجديد الطهر لأنها على النص على تعلق

وقوله (وقد ورد الشرع بالتفريق على فصول العدة) يعني قوله تعالى - فطلقوهن لعدتهن - قال ابن عباس : أي لأطهار عدتهن ، ففي ذوات الأقراء فرق على الأطهار ، وفي حق الآيسة والصغيرة على الأشهر لأنها في حقهن كالأقراء في حق ذوات الحيض ، والشهر في حق الحامل ليس من فصول العدة لأن مدة الحمل وإن طالقت فهو طهر واحد حقيقة وحكما ، ألا ترى أن انقضاء العدة لا يتعلق بها فصار كالمتمد طهرها فإن طهرها وإن امتد شهرا فهو فصل واحد لا تفرق التطليقات فيه . ولهما أن إباحة الطلاق للحاجة لما تقدم أن الأصل فيه الحظر ، وإنما أبيع صند الحاجة إلى الغلاص عند العجز عن التصفي عن حقوق الزوجية ، والشهر دليل الحاجة كما في حق الآيسة والصغيرة ، وهذا أي كون الشهر دليلا في حق الحامل كما في حق الآيسة والصغيرة لأنه زمان تجديد الرغبة على ما عليه الجلبة السليمة فصلح أن يكون علما ودليلا على وجود الحاجة (والحكم يدرك على دليلها) فإذا وجد وجد ما أبيع لأجله الطلاق فيكون مباحا . وقوله (بخلاف المتمد طهرها) جواب عن قياس قول محمد بالفرق بأن هناك لا يصلح الشهر أن يكون علما لأن العلم على الحاجة في حقها الطهر : أي تجديده وهو موجود فيها في كل زمان

(قوله وقوله وقد ورد الشرع بالتفريق على فصول العدة : يعني قوله تعالى - فطلقوهن لعدتهن - قال ابن عباس : أي لأطهار عدتهن ، ففي ذوات الأقراء فرق على الأطهار وفي حق الآيسة والصغيرة على الأشهر لأنها في حقهن كالأقراء في حق ذوات الحيض) أقول : قال ابن السبكي الإختلاف : والأصح عندنا ما ذهب إليه محمد لأن الله تعالى أوجب تفريق الطلاق على فصول العدة في قوله تعالى - فطلقوهن لعدتهن - وهذا في مدة الحمل لا يجبر الشهر فصلا من فصول العدة فلا يفرق الطلاق على الأشهر ، ظاهرا بقدر استبراء الحمل بوضع الحمل لا بالتمرد (قال المصنف ولهما أن الإباحة بيلة الحاجة والشهر دليلها) أقول : لا يقال هذا بخلاف ما سار في الدرس السابق من أن دليلها هو العلم عليه في زمان تجديد الرغبة لأن الظاهر أن الاستدراك مجازي .

هو الطهر وهو مرجو فيها في كل زمان ولا يرجى مع الحمل (وإذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض وقع الطلاق) لأن النهي عنه لمعنى في غيره وهو ما ذكرناه فلا ينعدم مشروعيته (ويستحب له أن يراجعها) لقوله

جواز الإيقاع بالطهر الحاصل عقيب الحيض وهو مرجو في حقها كل لحظة ولا يرجى في الحامل ذلك ، وعلى هذا التقرير سقط ما رجح به شارح قول محمد رحمه الله من أنه تعالى أوجب التفريق على فصول العدة بقوله سبحانه وتعالى - فطلقوهن لعدتهن - لما بيناه من إلقاء كونه فصلا من فصول العدة بالنسبة إلى الحكم ، على أن تمنع دلالة الآية على التفريق أصلا بل على استقبال العدة بالطلاق ، والعدة مجموع الأقراء ، وإنما يفيد تفريقه قوله صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عمر رضى الله عنه المتقدم « إن من السنة أن تستقبل الطهر فتطلقها لكل قرء » وأريد بالقرء الطهر ، وقد جاء عن ابن مسعود وابن عباس وابن عمر رضوان الله عليهم في تفسير الآية أن يطلقها طاهرة من غير جامع ، وهذا لأن لزوم التفريق طريقه أن مفهوم - فطلقوهن - : أوجدوا طلائهن لعدتهن ، فيستلزم عومنين : عموم طلائهن لأنه جنس مضاف ، وكذا عدتهن ، فقد أحل جميع طلائهن وهو ثلاث بجميع عدتهن ، وجميعه بنم واحد حرام ، فكان المراد تفريقه على الأظهار أو ما يقوم مقامها يستلزمها ، وهذا غير لازم لأن الفصل إنما يدل على المصدر النكرة ، فالمعنى : أوجدوا طلائها عليهن لعدتهن : أى لاستقبالها . وأيضا فلفظ فصول العدة غير مذكور في النصوص إنما مباهى بذلك الفقهاء ، ولا يقل من معناه سوى أنه جزء من أجزائها له نسبة خاصة إليها اتفق أنه لثلاث اتفاقا ، وكل شهر من شهور الحامل جزء من أجزائها كذلك وإن لم يتفق أن تستحب بالثلاث ، وعلى هذا يقوى بحث شمس الأئمة أن الشهر من فصول عدة الحامل غير أنها لا نلتقي به بإباحة الإيقاع من حيث هو فصل وجزء بل من حيث هو زمان يتجدد فيه الرغبة عند مسبوقيته بذلك القدر من الزمان (قوله وإذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض وقع الطلاق) خلافا لمن قدمنا النقل عنهم من الإمامية ، ونقل أيضا عن إسماعيل بن علية من الصنفين ، وهذا (لأن النهي عنه لمعنى في غيره) يعنى أن النهي الثابت ضمن الأمر : أى قوله تعالى - فطلقوهن لعدتهن - وهو المراد بالأمر في قوله صلى الله عليه وسلم « ما هكنا أمرك الله » وقوله وهو ما ذكرناه : أى من تحريم تطويل العدة ثم هو بهذا الإيقاع عاص ياجماع الفقهاء (ويستحب له أن يراجعها لقوله

لأنه يمكن أن تحيض فتطهر ، ولا يرجى تجدد الطهر مع الحمل لأن الحامل لا تحيض قال (وإذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض وقع الطلاق ويستحب له أن يراجعها) أما الوقوع فلأن النهي عنه لمعنى في غيره وهو ما ذكرناه : يعنى من قوله لأن الحرم تطويل العدة فإن الحيضة التى يقع فيها الطلاق لا تكون محسوبة منها فتطول العدة عليها . نقل صاحب النهاية عن شيخه أن المراد بالنهي ههنا هو النهي المستفاد من ضد الأمر المذكور في قوله تعالى - فطلقوهن لعدتهن - أى لأظهار عدتهن أو الأمر المذكور في قوله عليه الصلاة والسلام لعمر « مر ابنك فراجعها » لما أنه كان مأمورا برفع الطلاق الواقع في حال الحيض لأجل الحيض كان متبها عن إيقاعه في حالة الحيض . وقال بعض الشارحين : المراد بالنهي قوله تعالى - ولا تمسكوهن ضرارا لثعنوا - والنهي إذا كان لمعنى في غيره لا يمنع المشروعية كما عرف في الأصول . وأما الاستحباب فلقوله عليه الصلاة والسلام لعمر « مر ابنك فراجعها »

(قوله وهو ما ذكرناه يعنى من قوله لأن الحرم تطويل العدة) أقول : ولعل الأول أن يقال : يعنى من كونه زمان للفترة فإن المصنف حلل به عدم جوازه في زمان الحيض كما مر قبل أسطر (قوله وقال بعض الشارحين : المراد بالنهي التحريم) يعنى تلج الشريعة .

عليه الصلاة والسلام لعمر «مر ابنك فليراجعها» وقد طلقها في حالة الحيض : وهذا يفيد الوقوع والحث على الرجعة ثم الاستحباب قول بعض المشايخ . والأصح أنه واجب عملاً بحقيقة الأمر ورعاً للمعصية بالقدر الممكن يرفع أثره وهو العدة ودفعاً لضرر تطويل العدة . قال (فإذا طهرت وحاضت ثم طهرت ، فإن شاء طلقها وإن شاء أمسكها . قال : وهكذا ذكر في الأصل . وذكر الطحاوي أنه يطلقها في الطهر الذي

صلى الله عليه وسلم لعمر في حديث ابن عمر في الصحيحين «مر ابنك فليراجعها» حين طلقها في حالة الحيض ، وهذا يفيد الوقوع) فينتفع به قول نافي الوقوع (والحث على الرجعة والاستحباب المذكور إنما هو قول بعض المشايخ) وكأنه عن قول محمد رحمه الله في الأصل ، وينبغي له أن يراجعها فإنه لا يستعمل في الوجوب (والأصح أنه واجب) كما ذكر المصنف (عملاً بحقيقة الأمر) فإن حقيقته أوجد الصيغة الطالبة على وجه الحتم . واعلم أن قول الشافعية إن لفظ الأمر الذي مادته أمر مشترك بين الصيغة النادرة والموجة حتى يصلح التنبأ مأثور به حقيقة ، فعلى هذا لا يلزم الوجوب إذ لا يلزم من قوله مر أوجد الصيغة الطالبة مجردة من القرآن بل يتحمل ذلك وغيره ، فإذا لم يتعين ثبت كونه مطلوباً في الجملة وهو لا يستلزم الوجوب ، ولذا قال الشافعي رحمه الله وكذا أحمد رحمه الله بالاستحباب ، وأما عندنا فسمى الأمر الصيغة الموجبة ، كما أن الصيغة حقيقة في الوجوب فيلزم الوجوب منها وإن كانت صادرة عن عمر رضي الله عنه لا النبي صلى الله عليه وسلم لأنه نائب عنه فيها فهو كالبلغ للصيغة ، فاشتغل قوله «مر ابنك» على وجوبين : صريح وهو الوجوب على عمر رضي الله عنه أن يأمر وضمني وهو ما يتعلق بابنه عند توجيه الصيغة إليه . والقاتلون بالاستحباب هنا إنما بنوه على أن المعصية وقعت فتعلل ارتفاعها فبقي مجرد التشبيه بعدم مباشرتها . والجواب أن ذلك لا يصلح صارفاً للصيغة عن الوجوب لجواز إيجاب رفع أثرها وهو العدة وتطولها ، إذ بقاء الأمر بقاء ما هو أثره من وجه فلا ترك الحقيقة . قبل عليه ما حاصله أن هذا يصلح بحثاً بوجوب الوجوب ، لكن لا يفيد أن ما ذكر القدوري من الاستحباب قول بعض المشايخ مع أن محمداً في الأصل إنما قال لفظاً يدل على الاستحباب ، ومرجع هذا الكلام إلى إنكار نقل الوجوب عن المشايخ صريحاً بل ذلك بحث ، فإذا تحقق النقل اندفع . وقوله والأصح كذا في عادة المصنفين نقل المرجح في المذهب لا ترجيح مذهب آخر خارج عن المذهب ، وتذكير ضمير أثره مع أنه للمعصية إما لتأويلها بالمعصيان أو هو للطلاق في الحيض (قوله وإذا طهرت وحاضت ثم طهرت فإن شاء طلقها وإن شاء أمسكها) هذا لفظ القدوري ، وهكذا

وقد كان طلقها في حالة الحيض (وهذا) الحديث (يفيد الوقوع) باقتضائه (والحث على الرجعة) بعبارة . قال المصنف (ثم الاستحباب قول بعض المشايخ) ووجهه أن أدنى الأمر الاستحباب فيصرف إليه بقريته أن الرجعة حق له ولا وجوب على الإنسان فيها هو حق (والأصح أنه واجب عملاً بحقيقة الأمر) قيل الأمر لعمر حقيقة الوجوب على عمر أن يأمر ابنه بذلك ، ولا دلالة في ذلك على الوجوب على ابنه . وأجيب بأن فعل النائب كعمل النائب فصار كأن النبي صلى الله عليه وسلم أمره بذلك فثبت الوجوب ، ويجوز أن يقال فليراجعها أمر لابن عمر فتجب عليه المراجعة . وقوله (ورفضاً للمعصية) معطوف على قوله عملاً ، وذلك لأن رفع المعصية واجب ، ورفضها بعد وقوعها إنما هو برفع أثره : أي لئلا يترتب الطلاق الذي هو معصية وهو العدة ودفعاً لضرر تطويل العدة برفضها بالمراجعة . وقوله (قال) يعني القدوري (فإذا طهرت) يعني بعد المراجعة (وحاضت ثم طهرت ، فإن شاء طلقها ، وإن شاء أمسكها) قال المصنف (وهكذا ذكر في الأصل ، وذكر الطحاوي أنه يطلقها في الطهر الذي

(قوله بقريته أن الرجعة حق له) أقول : بل حق تعالى ، فإن الرجوع من المعصية ما لوجه الله تعالى على عباده .

بلى الحيفة الأولى . قال أبو الحسن (الكرخي) مذكروه قول أبي حنيفة ، وما ذكر في الأصل قولهما) ووجه المذكور في الأصل أن السنة أن يفصل بين كل طلاقين بحضة والقاصل هنا بعض الحضة فتكمل الثانية ولا تنجز فتكامل . وجه القول الآخر أن أثر الطلاق قد انعدم بالمراجعة فصار كأنه لم يطلقها في الحيف فيسن تطبيقها في الطهر الذي يليه

ذكر في الأصل . ولفظ محمد فيه : فإذا طهرت في حضة أخرى راجعها . وذكر الطحاوي أن له أن يطلقها في الطهر الذي يلي الحيفة التي طلقها وراجعها فيها . وقال الشيخ أبو الحسن الكرخي : مذكروه الطحاوي قول أبي حنيفة ، وما ذكره في الأصل قولهما ، والظاهر أن ما في الأصل قول الكل لأنه موضوع لإثبات مذهب أبي حنيفة إلا أن يحكى اختلاف ولم يحك خلافا فيه ، فلذا قال في الكافي : إنه ظاهر الرواية عن أبي حنيفة ، وبه قال الشافعي في المشهور ومالك وأحمد ، وما ذكر الطحاوي رواية عن أبي حنيفة وهو وجه للشافعية (وجه المذكور في الأصل) وهو ظاهر للمذهب . لأبي حنيفة من السنة ما في الصحيحين من قوله صلى الله عليه وسلم لعمر « مره فليراجعها ثم ليسكنها حتى تطهر ثم يحض فطهر ، فإن بدا له أن يطلقها فليطلقها قبل أن يمسه فتلك العدة كما أمر الله عز وجل » وفي لفظ « حي يحض حضة مستقبلة سوى حيضتها التي طلقها فيها » ووجه ما ذكر الطحاوي رواية سالم في حديث ابن عمر « مره فليراجعها ثم يطلقها طاهرا أو حاملا » رواه مسلم وأصحاب السنن ، والأولى أول لأنها أكثر نصيرا بالنسبة إلى هذه الرواية وأقوى صحة . وظهر من لفظ الحديث حيث قال « يسكنها حتى تطهر » أن استحباب الرجعة أو إلجائها مقيد بذلك الحوض الذي أوقع فيه وهو المفهوم من كلام الأصحاب إذا توهم ، فعل هذا إذا لم يفعل حتى طهرت تقررت المعصية . وأما الوجه من جهة المعنى فوجه الظاهر المذكور في الأصل أن السنة أن يفصل بين كل تطليقتين بحضة والقاصل هنا بعض الحضة فتكمل بالحضة الثانية ولا تنجز : أي ليس يلزمها على حدته حكم في الشرع ، والأولى أن يقول : ولا يمكن أن يكون بعض حقيقتين حضة فوجب تكاملها ، إذ لا يتصور حضة إلا الثانية فلما بعض الأولى . ووجه ما ذكره الطحاوي أن أثر الطلاق انعدم بالمراجعة فصار كأنه لم يطلقها في هذه الحضة فيسن تطبيقها في الطهر الذي يليها ، وعلى هذه الرواية يفرغ ما عن أبي حنيفة أنه إذا طلقها في طهر لم يراجعها فيه ثم راجعها لا يكره أن يطلقها الثانية في ذلك ، ولو راجعها بعد الثانية لا يكره إيقاع الثالثة ، وعلى هذا فرع ما لو أخذ يدها بشهوة ثم قال لها أنت طالق ثلاثا للسنة تقع الثلاث للسنة في الحال متتابعة لأنه يصير مراجعها باليس بشهوة فيكون الوقت وقت طلاق السنة فيقع الثاني ، وكلما الثالث ، وعلى ظاهر الرواية وهو قولهما لا يقع إلا الأولى ثم في أول كل طهر بعد حضة تقع أخرى ، فما ذكر في المنظومة ويجمع البحرين من نسبة ذلك إلى أبي حنيفة إنما هو على رواية الطحاوي لأعلى ظاهر مذهبه . هذا إذا وقعت الرجعة

بلى الحضة (ووفق الكرخي بين الروايتين فقال : مذكروه الطحاوي قول أبي حنيفة ، وما ذكره في الأصل قولهما) والمصنف ذكر وجه كل منهما ولم يرجع إلى الجليلي المروي في الباب لأن كل واحدة من الروايتين مروية في الحديث . روى البخاري منسلا إلى نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لعمر « مره فليراجعها ثم ليسكنها حتى تطهر ثم يحض فطهر ، ثم إن شاء أسسك بعد » وإن شاء طلق قبل أن يمسه » وهذا يدل على رواية الأصل . وروى الترمذي في جامعه مستندا إلى سالم عن ابن عمر أنه عليه الصلاة والسلام قال لعمر « مره فليراجعها ثم يطلقها إذا طهرت » وهذا يدل على رواية الطحاوي ، وإذا تعارضت الروايتان ذهب المصنف إلى

(ومن قال لامرأته وهي من ذوات الحيض وقد دخل بها أنت طالق ثلاثا للسنة ولا نية له فهي طالق عند كل طهر تطليقة) لأن اللام فيه الوقت ووقت السنة طهر لإجماع فيه (وإن نوى أن تقع الثلاث الساعة أو عند رأس كل شهر واحدة فهو على ما نوى) سواء كانت في حالة الحيض أو في حالة الطهر . وقال زفر : لاتصح نية الجمع

بالقول أو بالمس ، أما إذا وقعت بالجماع ولم تحبل فليس له أن يطلقها أخرى في هذا الطهر بالإجماع لأنه طهر جامعها فيه وإن حبلت ، فعند أبي يوسف ليس له أن يطلقها أخرى حتى يمضي من وقت الطلاق شهر ، وعند أبي حنيفة وعمر زفر له أن يطلقها لأن العدة الأولى سقطت والطلاق عقيب الجماع في الطهر إنما لا يحل لأشبهاء أمر العدة عليها وذلك لا يوجد إذا حبلت وظهر الحبل ، هذا في تحلل الرجعة . فأما لو تحلل النكاح بأن كان الأول بانئا ، فقبل لا يكره الطلاق الثاني اتفاقا ، وقبل في تحلل الرجعة ليس له أن يطلقها اتفاقا . والأوجه أنه على اختلاف الرواية عنه (قوله) ومن قال لامرأته وهي من ذوات الحيض وقد دخل بها أنت طالق ثلاثا للسنة ولا نية له فهي طالق عند كل طهر تطليقة) فإن نوى ذلك فاطهر ثم إن لم يكن جامعها في هذا الطهر وقعت واحدة ليحل ثم عند كل طهر أخرى ، وإن كان جامعها لم يقع شيء حتى تحيض وتطهر : وعند الشافعي يقع الثلاث للحال لأنه لا بدعة عنده ولا سنة في العدد ، ولو كانت من ذوات الأشهر بآتي ، ولو كانت غير مدخول بها وقع عليها واحدة في الحال وإن كانت حائضا ، ثم لا يقع شيء إلا أن يزوجه مرة أخرى فضع الثانية ، فإن تزوجها أيضا وقعت الثالثة . ووجه المسئلة على ما هو التحقيق أن اللام للاختصاص ، فالنعي الطلاق المختص بالسنة والسنة

بيان وجههما بالمعاني الفقهية وهو ظاهر (قوله) ومن قال لامرأته) اعلم أن من قال للمدخول بها أنت طالق ثلاثا للسنة ، فلما أن تكون من ذوات الأقراء أو الأشهر ، وكل واحد منهما على وجهين : إما أن يذكر ذلك ولا نية له ، أو نوى شيئا ، فإن كانت من ذوات الأقراء ولا نية له فهي طالق عند كل طهر تطليقة ، وإن نوى الثلاث الساعة أو عند رأس كل شهر واحدة فهو على ما نوى ، سواء كانت تلك الساعة حالة الحيض أو حالة الطهر ، وكذا رأس كل شهر ، وقال زفر : لاتصح نية الجمع لأنه بدعة وهي ضد السنة وضد الشيء لا يرد به . ولنا أن اللام فيه : أي في قوله السنة الوقت والسنة تكون تارة كاملة إيقاعا ووقوعا وتارة وقوعا فقط فكان كل منهما محصلا ، فإذا لم يكن له نية كان مطلقا ، والمطلق ينصرف إلى الكامل وهو السنة إيقاعا ووقوعا فيقع عند كل طهر لإجماع فيه تطليقة ، وإذا نوى صرف لفظه إلى السنة وقوعا . لأن وقوع الثلاث دفعة أو في حالة الحيض مذهب أهل السنة فهو سفي من هذا الوجه ، ومن حيث أنه عرف صحة وقوعه بالسنة وهو ما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال : من طلق امرأته ألفا بانت منه بثلاث والباقي رد عليه ، فإن قيل : الإقرار لا يتحقق إلا بالإيقاع لأنه إفعاله فإذا صح الوقوع صح الإيقاع فكان مبيدا وقوعا وإيقاعا وليس كذلك . أجيب بأن الوقوع لا يوصف بالحكمة لأنه

(قوله) فإن كانت من ذوات الأقراء ولا نية له فهي طالق عند كل طهر) أقول : وإن نوى ذلك كان طهر (قال المصنف : لأن اللام فيه الوقت ، ووقت السنة طهر لإجماع فيه) أقول : قال ابن الميم : وجه المسئلة على ما هو التحقيق أن اللام للاختصاص ، فالنعي الطلاق المختص بالسنة والسنة مطلق فيصرف إلى الكامل وهو الشيء حددا ووقعا ، فوجب جعل الثلاث مقرا على الأظهار يقع واحدة في كل طهر . وأما تحليل المصنف فلا يستلزم الجواب ، لأن المصنف حيلة ثلاثا الوقت السنة وجب فيه الطلاق بإحدى جهتيه من الطلاق وهو الشيء وقتا وحيلة لفراده ثلاثا الوقت السنة ، ويصعب بقوعها جملة في طهر بلا جماع ، فإنه جمل الشرر امتنع تسمية السنة في جهتها بطلاق مقرا له . والله أن تقول : وقت السنة الطلاق الثلاث ثلاثة أظهار لإجماع فيها وذلك بما قاله المصنف فيجامل (قوله) فإذا صح الوقوع صح الإيقاع الخ)

لأنه بدعة وهي ضد السنة . ولنا أنه محتمل لفظه لأنه سنى وقوعا من حيث أن وقوعه بالسنة لا إيقاعا فلم يتناولوه مطلق كلامه وينتظمه عند نيته (وإن كانت آيسة أو من ذوات الأشهر وقعت الساعة واحدة وبعد شهر أخرى وبعد شهر أخرى) لأن الشهر في حقها دليل الحاجة كالطهر في حق ذوات الأقراء على ما بيننا (وإن نوى أن يقع الثلاث الساعة وقعن عندنا خلافا لزفر لما قلنا)

مطلق فيصرف إلى الكامل وهو السنى علدا وقتا فوجب جعل الثلاث مفرقا على الأطهار لتقع واحدة في كل طهر . وأما تعطيل المصنف بكون اللام للوقت فلا يستلزم الجواب لأن المعنى : حينئذ ثلاثا لوقت السنة ، وهذا يوجب تعييد الطلاق بإحدى جهتي سنة الطلاق وهو السنى وقتا ، وحينئذ فوداه ثلاث في وقت السنة ، ويصدق بوقوعها جملة في طهر بلا جاع ، فإنه بهذا التقرير امتنع تعميم السنة في جهتها ، بخلاف ماقررنا ، وأما أن صرفه عن هذا بينه فأراد الثلاث فإنه يصبح خلافا لزفر ، قال فإنه بدعة ضد السنة ، ولا يحتمل لفظه فلا تعمل نيته فيه . قلنا : بل يحتمل لأنه سنى وقوعا : أى وقوعه بالسنة فصحب إرادته وتكون اللام للتعليل : أى لأجل السنة التي أوجبت وقوع الثلاث ، بخلاف ما لو صرح بالأوقات فقال أنت طالق ثلاثا أوقات السنة حيث لا تصح فيه نية الجمع لعدم احتمال اللفظ والثنية إنما تعمل مع لفظ محتمل واللام محتمل الوقت والتعليل ، وهي في مثله للوقت أظهر منها للتعليل فيصرف إلى التعليل بالنية وإلى الوقت عند علمها ، بخلاف لفظ أوقات ، وكلنا إذا نوى أن يقع عند رأس كل شهر واحدة فهي على ما نوى ، سواء كانت عند رأس الشهر حائضا أو طاهرة لأن رأس الشهر إما أن يكون زمان حضا أو طهرا ، فعل الثاني هو سنى وقوعا وإيقاعا وعلى الأول سنى وقوعا ، فثبت الثلاث ، عند رأس كل شهر مع العلم بأن رأس الشهر قد تكون حائضا فيه نية الأعم من السنى وقوعا وإيقاعا معا أو أحدهما (قوله وإن كانت) أى امرأته : أى التي قال لها أنت طالق ثلاثا للسنة (آيسة أو من ذوات الأشهر) التي هي فصول العدة عندهم فيتناول الحامل عند أبي حنيفة وأبي يوسف (وقعت للساعة واحدة وبعد كل شهر أخرى لأن الشهر في حقها دليل الحاجة كالطهر في حق ذوات الأقراء على ما بيننا) من أن الشهر في حقها قائم مقام الحيض (قوله وإن نوى أن تقع الساعة ثلاث وقعن عندنا) خلافا لزفر (لما قلنا) من أنه سنى وقوعا فيصبح منويا .

ليس فعل المكلف ، ولأنه حكم شرعى وهو لا يوصف بالبدعة والإيقاع يوصف بها لكونه فعل المكلف وكان الوقوع أشبه بالسنة المرضية فلهاذا قال سنى وقوعا (وإن كانت آيسة أو من ذوات الأشهر) ولم تكن له نية (وقعت الساعة واحدة وبعد شهر أخرى لأن الشهر في حقها دليل الحاجة) على ما بيننا قبل هذا أن الشهر في حقها قائم مقام الحيض (وإن نوى أن يقع الثلاث الساعة وقعن عندنا خلافا لزفر لما قلنا) إنه سنى وقوعا ، وإذا قال أنت طالق للسنة ولم ينص على الثلاث ، إن كانت طاهرة لم يجامعها وقع في الحال ، وإن كانت حائضا أو في طهر جامعها فيه لم يقع الساعة ، فإذا حاضت وطهرت وقعت تطليقة لأن قوله أنت طالق للسنة إيقاع تطليقة مخصصة

أقول : فيه بحث (قال المصنف : وينتظمه عند نيته) أقول : قال ابن الحام : ويكون اللام للتعليل : أى لأجل السنة التي أوجبت وقوع الثلاث انتهى . وعلى تقرير الفاروق (كل الذين اللام للوقت حل كل حال) قوله أوجب بأن الوقوع لا يوصف بالجريمة الخ) أقول : يعني أن قوله أنت طالق ثلاثا فيه جهتان : البنية ، والسنية ، فإذا تكلم بهذا الكلام بقصد إيقاع الثلاث جملة بدعة وحرام ، وانصافه بكونه إيقاعا للذين سنى حرف بالنية ، والوقوف به ليس فيه جية المحرمة والبدعة فكان أشبه بالسنة المرضية (قوله لم يقع الساعة) أقول : إذا لم

بخلاف ما إذا قال أنت طالق للسنة ولم ينص على الثلاث حيث لا تنصح نية الجمع فيه لأن نية الثلاث إنما صحت فيه من حيث أن اللام فيه للوقت فيفيد تعميم الوقت

وقال أن يقول : ينبغي أن تقع الثلاث في الحال متتابعة لأن هذه يجوز أن يطلقها عقيب جماعه فكان كل وقت في حقها وقت طلاق السنة ، وما وجهه به ذلك وهو أن الرغبة مستمرة ولو عقيب الجماع يوجب نوال الثلاث في الوقوع ، كما لو مسح بشهوة وقال أنت طالق ثلاثا للسنة على ما مر عن أبي حنيفة حيث تقع الثلاث متتالية لأن وقت كل واقع منها وقت السنة وإن اختلف الوجه ، وعلى هذا يجب أن لا ينحصر حل طلاقها ثلاثا بطلقات متفرقة في أن يفرق بين كل تطبيقين بشهر ، بل غايته أن يكون أولى ، وينعطف بهذا البحث على ما تقدم أيضا (قوله بخلاف ما إذا قال أنت طالق السنة الخ) إذا قال أنت طالق للسنة ولم يذكر ثلاثا وقعت واحدة في الحال وإن كانت في طهر لم يجامعها فيه ، وإن كانت قد جامعها أو حالضا لم يقع شيء حتى تظهر قطع واحدة لأن اللام فيه للاختصاص : أي الطلاق المختص بالسنة . ولو نوى ثلاثا مفرقا على الأظهر صرح لأن المعنى في أوقات طلاق السنة ، ومن ضرورة وقوع الطلاق في كل وقت منها وهي متعددة تعدد الواقع فيصح ، ولو نوى ثلاثا جملة اختلف فيه ؛ فذهب المصنف وفخر الإسلام والصدور الشهيد وصاحب المخططات إلى أنه لا يصح وإنما يقع به واحدة في الحال . وذهب القاضي أبو زيد وشمس الأئمة وشيخ الإسلام إلى أنه يصح قطع الثلاث جملة كما تقع مفرقة على الأظهر لأن السنة يحتمل معنى التعليل فيصح وقوعها كما إذا صرح بلفظ الثلاث ، وحققه بعضهم بأن التعليل المختصة بالسنة مستحب وهو ما عرف ويبدى وكلاهما عرفا بالسنة وإن اقرن أحدهما بالثبوت فأبهما نواه صرح فإذا نوى البدعي صرح لأنه محتمل كلامه ، وغنار المصنف أوجه لأن مع نية الجملة لا تكون اللام للوقت مفيدة للعموم ، وما وقع الثلاث إلا عن ضرورة تميمها بالوقوع لأن مجرد طالق لا تنصح فيه نية الثلاث على ما سيأتي إن شاء الله تعالى . فإذا فقد تعميم الأوقات لم يبق ما يصلح لإيقاع الثلاث فلا تعمل نية جملة ، وقولهم المختص بالسنة مستحب ويبدى ، فأبهما نواه صرح ، إن أرادوا أنه إذا نوى الطلاق العام الذي هو أحد القسمين صبح منعاه لأن طالقا لا يرد به الثلاث أصلا بخلاف في المذهب على ما سيأتي لعدم احتماله إياه فلا يرد به ، وإن أرادوا أنه إذا نوى فردا من الطلاق البدعي أو المستحب صرح فسلم ولا يفيد وقوع الكل ، وليس ثم موجب آخر لغرض أن اللام ليست للعموم الوقت ليس غير . وأورد عليه بعض الشارحين منع أن تعميم الأوقات يستلزم تعميم الواقع للاضافي على أنه إذا قال أنت طالق كل يوم ولا نية له لا يقع الثلاث لما سيعرف من أنها يطلقوا واحد تكون طالقا كل يوم ، وكذا يطلق في وقت من أوقات السنة تصوير به طالقا في جميع أوقاتها المستقبلية ، وهذا غير مطابق المتنازع فيه لأن الكلام فيها إذا نوى بقوله أنت طالق للسنة تعميم أوقات السنة بالوقوع لأنها إذا لم تكن له نية ، وقد ذكرنا

بالسنة المعروفة باللام وهي تلك ، وإن نوى ثلاثا جملة قال المصنف لا تنصح ، قيل هكذا ذكر فخر الإسلام والصدور الشهيد وصاحب المخططات وعلاء الدين السمرقندي ، لأن نية الثلاث إن صحت فلأنما تصح من حيث أن اللام فيه للوقت ، ووقت طلاق السنة متعدد فيفيد تعميم الوقت ، ومن ضرورة تعميم الوقت تعميم الواقع فيه لأنه جعل الوقت طرفا للواقع وقد تكرر الظرف فيتكرر المظروف ، فإذا نوى الجمع بطل تعميم الوقت فيبطل تعميم

بنودك (قوله فيفيد تعميم الوقت) أقول : يعني إذا نوى ذلك (قوله وقد تكرر الظرف فيتكرر المظروف) أقول : فيه أن زينا مثلا موجود لهم واليوم الثاني قبله وهكذا ، فالظرف لوجوده متكرر وليس لوجوده تكرر

ومن ضرورته تسميم الواقع فيه ، فإذا نوى الجمع بطل تعميم الوقت فلا تصح نية الثلاث .

أنه إذا لم تكن نية تقع واحدة وكذلك طالق كل يوم يقع به واحدة بلا نية . ولو نوى فيه تجدد الواقع في الأيام علبت نيته فيقع الثلاث في ثلاثة أيام . نعم هذا يصلح إشكالا على صحة وقوع الثلاث مفردا على الأظهار في هذه المسئلة ومفردا على الأيام في المسئلة الموردة بناء على ما ذكرنا من أن طالقا لا يقبل التعميم ، وللسنة على ما قرر المصنف لوقتها فيفيد تعميم الوقت ، لكن تعميمه لا يستلزم تعميم الواقع في العدد بل انسحاب حكم طلقة واحدة ويوجب أنها طالق في جميع أوقات السنة المستقبلية وفي كل الأيام فلم يوجب تعميم طالق في عدد الطلاق ولا يحتمله فلا يحتمل حينئذ التعميم فلا تصح نيته ، وسنذكر ما ذكر من وجه تصحيحه في فصل إضافة الطلاق إن شاء الله تعالى .

" [أغروخ] ألقاها طلاق السنة على ما روى بشر عن أبي يوسف : للسنة وفي السنة وعلى السنة وطلاق سنة والعدة والطلاق عدة وطلاق العدل وطلاها عدلا وطلاق الدين والإسلام ، وأحسن الطلاق وأجمله ، أو طلاق الحق أو القرآن أو الكتاب ، كل هذه تحمل على أوقات السنة بلا نية لأن كل ذلك لا يكون إلا في المأمور به . ولو قال طالق في كتاب الله أو بكتاب الله أو منه ، فإن نوى طلاق السنة وقع في أوقاتها ، وإلا وقع في الحال لأن الكتاب يدل على الوقوع للسنة والبدعة فيحتاج إلى النية . ولو قال على الكتاب أو به أو على قول القضاة أو الفقهاء أو طلاق القضاة أو الفقهاء ، فإن نوى السنة دين ، وفي القضاة يقع في الحال لأن قول القضاة والفقهاء يقتضي الأمرين ، فإذا خصص دين ولا يسمع في القضاة لأنه غير ظاهر . ولو قال عدلية أو سنوية وقع عند أبي يوسف للسنة ، ولو قال حسبة أو خيلة وقع في الحال . وقال محمد في الجامع الكبير : وقع في الحال في كليهما لأن هذه الصفات جاز أن توصف بها المرأة فلا تحمل للطلاق حتى يتأخر فيقع في الحال ، واعتبر أبو يوسف الغالب وباقى هذا الفصل تشبيه الطلاق . ولو قال طالق للبدعة أو طلاق البدعة ونوى الثلاث في الحال يقع لأنها محتمل كلامه ،

الواقع فيه لأن بطلان مقتضى يوجب بطلان مقتضى فلا تصح نية الثلاث ، بخلاف ما إذا ذكر ثلاثا لأن الثلاث مذكور صريحاً فتصح نيته . وذكر صاحب الأسرار وخمس الأئمة السرخسي وشيخ الإسلام أن نية الثلاث صحيحة جملة كما لو ذكر ثلاثا لأن التعليل المختصة بالسنة المعرفة باللام نوعان : حسن ، وأحسن . فالأحسن أن يطلقها في طهر لإجماع فيه . وأحسن أن يطلق الثلاث في ثلاثة أظهار ، فإذا نوى الثلاث فقد نوى أحد نوعي التعليل المختصة بالسنة فتصح نيته ، كما لو قال أنت طالق ثلاثا للسنة أو طالقا للسنة . وكذا في بعض الشروح . وفيه نظر لأن المدعى وقوعها جملة ، ودليله يدل على التفريق على الأظهار كما ترى . ونقل قاضيخان في الجامع الصغير عن الأجل أنه يقع جملة كما لو ذكر ثلاثا ، وفيه نظر لأنه يستلزم التساوي بين العبارة والاقتضاء

(قوله وفيه نظر لأنه يستلزم التساوي بين العبارة والاقتضاء) أقول : إن شئت تمام تحقيق الكلام وتبين المرام فراجع كتب الأصول وانظر مباحث الاختصاص (قال المصنف : ومن ضرورته تعميم الواقع فيه) أقول : قال الإقبالي : ولنا فيه نظر لأن تعميم الوقت لا يستلزم تعميم الواقع فيه ، ألا يرى أنه لو قال لارأته أنت طالق كل يوم ولم تكن له نية لاتفق إلا لطلقة واحدة متعنا خلافاً لغيره مع أن الوقت عام كما ترى من لفظ المسموع والمهلزم منه حرمة الواقع انتهى . ولك أن تقولوا : وزان ما ذكرته وزان قولنا زيد موجود كل يوم فيمثل على استمرار الطلاق الواحد إذا لم تكن له نية بخلاف قولنا أنت طالق لسنة فإنه يفتقد اختصاص الطلاق لأوقات السنة إذا أريد تعميم الوقت والطلاق المستمر لا يتعمم بوقت السنة بل يوجد كل وقت فلا مجال لفصل عليه بل يحتمل على المتجدد فاللام في قوله تسميم الوقت العهد ، يعني وقت السنة ، ومن ضرورية تعميم وقت السنة تعميم الواقع فيه فليتلأ

(فصل)

(ويقع طلاق كل زوج إذا كان عاقلًا بالغًا ، ولا يقع طلاق الصبي والمجنون والثائم) لقوله عليه الصلاة والسلام « كل طلاق جائز إلا طلاق الصبي والمجنون » ولأن الأهلية بالعقل للمميز وهما عديمَا العقل

وكفنا الواحدة في الحيض والطمهر الذي فيه جماع ، وإن لم تكن له نية ، فإن كان في طهر فيه جماع أو في حالة الحيض أو النفاس وقعت واحدة من ساعته ، وإن كانت في طهر لاجتماع فيه لا يقع للعالم حتى تحيض أو يجامعها في ذلك الطهر .

(فصل)

(قوله ولا يقع طلاق الصبي) وإن كان يعقل (والمجنون والثائم) والمعنوه كالمجنون ، قيل هو التلبيل الفهم المختلط الكلام القاسم التدبير لكن لا يضرب ولا يشتم ، بخلاف المجنون . وقيل العاقل من يستقيم كلامه وأفعاله إلا نادرا والمجنون ضده ، والمعنوه من يكون ذلك منه على السواء ، وهذا يؤدي إلى أن لا يحكم بالله على أحد ، والأول أولى . وما قيل من يكون كل من الأمرين منه غالبا معناه يكثر منه . وقيل من يفعل فعل المجانين عن قصد مع ظهور الفساد والمجنون بلا قصد ، والعاقل خلافهما وقد يفعل فعل المجانين على ظن الصلاح أحيانا ، والمبزرسم والمعنى عليه والمدموش كذلك ، وهذا (لقوله صلى الله عليه وسلم « كل طلاق جائز إلا طلاق الصبي والمجنون ») والذي في سنن الترمذي عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « كل طلاق جائز إلا طلاق المعنوه المغلوب على عقله » وضعفه . وروى ابن أبي شيبة بسنده عن ابن عباس رضي الله عنهما : لا يجوز طلاق الصبي والمجنون . وروى أيضا عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه قال : كل طلاق جائز إلا طلاق المعنوه . وعلقه البخاري أيضا عن علي رضي الله عنه ، والمراد بالجواز هنا النفاذ ، وروى البخاري أيضا عن عثمان بن عفان رضي الله عنه أنه قال : ليس لمجنون ولا لسكران طلاق . لكن معلوم من كلمات الشريعة أن التصرفات لا تنفذ إلا بمن له أهلية التصرف وأذنتها بالعقل والبلوغ خصوصا ما هو دائر بين الضرر والفهم خصوصا ما لا يصلح إلا لانتفاة مصلحة ضده القائم كالطلاق فإنه يستدعي تمام العقل ليحكم به التمييز في ذلك الأمر ، ولم يكف عقل الصبي العاقل لأنه لم يبلغ الاعتدال ، بخلاف ما هو حسن لذاته بحيث لا يقبل حسنة السقوط ويؤجر الإيمان حتى يضيح من الصبي العاقل ، ولو قرض لبعض الصبيان المراهقين عقل جيد لا يعتبر لأن المدار صار البلوغ في العموم وهو بخلاف المذهب ، فإن مقتضى الأصحوم له عندنا ، ولعله سلب اختيار المصنف عدم الوقوع جملة ، والله أعلم .

(فصل)

لما ذكر طلاق السنة لأنه الأصل وذكر ما يقابله من طلاق البهجة شرع في بيان من يقع طلاقه ومن لا يقع (ويقع طلاق كل زوج عاقل بالغ دون الصبي والمجنون والثائم لقوله عليه الصلاة والسلام « كل طلاق جائز إلا طلاق الصبي والمجنون »)

(فصل)

والثام عدم الاختيار (وطلاق المكره واقع) خلافا للشافعي ، هو يقول إن الإكراه لا يجمع الاختيار وبه يعتبر التصرف الشرعي ، بخلاف المازل لأنه مختار في التكلم بالطلاق . ولنا أنه قصد إيقاع الطلاق في منكوحته في حال أهليته فلا يعمى عن قضيته دفعا لحاجته اعتبارا بالطائع ، وهذا لأنه عرف الشرين واختار أهونهما ، وهذا آية القصد

لأنضباطه فعلق به الحكم ، وكون البعض له ذلك لا يبنى الفقه باعتباره لأنه إنما يتعلق بالمطآن الكلية ، وبهذا يبعد ما نقل عن ابن المسيب أنه إذا عقل الصبي الطلاق جاز طلاقه . وعن ابن عمر رضى الله عنهما : جواز طلاق الصبي ومناوذه الماقل ، ومثله عن الإمام أحمد ، والله أعلم بصحة هذه الأقول . قوله وطلاق المكره واقع) وبه قال الشعبي والنخعي والثوري (خلافا للشافعي) وبقوله قال مالك وأحمد فيما إذا كان الإكراه بنير حتى لا يصح طلاقه ولا خلع ، وهو مروى عن علي وابن عمر وشريح وعمر بن عبد العزيز رضى الله عنهم لقوله صلى الله عليه وسلم «رفع عن أمي الخطأ والتيسان وما استكرهوا عليه » ولأن الإكراه لا يجمع الاختيار الذي به يعتبر التصرف الشرعي بخلاف المازل لأنه مختار في التكلم بالطلاق غير راض بحكمه فيقع طلاقه . قلنا : وكذلك المكره مختار في التكلم اختيارا كاملا في السبب إلا أنه غير راض بالحكم لأنه جرف الشرين فاختار أهونهما عليه ، غير أنه محمول على اختياره ذلك ولا تأثير لهذا في نفي الحكم ، يدل عليه حديث حذيفة أبيه حين حلفهما المشركون ، فقال لهما صلى الله عليه وسلم « نبي لم يعهدهم ونستعين الله عليهم » فين أن الميمين طوعا وكرها سواء ، فعلم أن لا تأثير للإكراه في نفي الحكم المتعلق بمجرد القذف عن اختيار ، بخلاف البيع لأن حكمه يتعلق باللفظ وما يقوم مقامه مع الرضا وهو متف بالإكراه . وحديث «رفع عن أمي الخطأ والتيسان وما استكرهوا عليه » من باب مقتضى ولا عموم له ،

والمراد بالجواز النفاذ دون الحل الذي يقابل الحرمة لأن فعل الصبي والمجنون لا يوصف بالحرمة في المعاملات ، والنفاذ بالوقوع ، فغناه كل طلاق نافذ إلا طلاق الصبي والمجنون ، ولأن أهلية التصرف بالعقل المميز ولا عقل للصبي والمجنون ، أما المجنون فظاهر ، وأما الصبي فلأن المراد به ما هو المعتدل منه ، والصبي وإن القصف بالعقل حتى صبح إسلام الصبي الماقل لكنه ليس بمعتدل قبل البلوغ فلا يعتبر فيها له فيه مضرة (والثام عدم الاختيار) في التكلم وشرط التصرف الاختيار فيه (وطلاق المكره واقع خلافا للشافعي ، هو يقول إن الإكراه لا يجمع الاختيار) لإساده إياه واعتبار التصرف الشرعي إنما هو بالاختيار (بخلاف المازل فإنه مختار) فكان شرط التصرف فيه موجودا وقيد بقوله في التكلم بالطلاق إشارة إلى أن المتعبر بذلك ، ألا ترى أن من أراد أن يقول لامرأته اسقي فقال أنت طالق وقع وإن لم يكن مختارا لحكمه لكونه مختارا في التكلم (ولنا أنه قصد إيقاع الطلاق في منكوحته في حال أهليته فلا يعمى عن قضيته) أى حكمه لئلا يلزم تخلف الحكم عن علته . وقوله قصد إيقاع الطلاق احتراز عن الإقرار به مكروها فإنه لغو لكونه خيرا يحتمل الصديق والكذب ، وقيام السيف على رأسه دليل على أنه كاذب فيه ، والمخير عنه إذ كان كذبا في إخبار عنه لا يصير صدقا . وقوله في حال أهليته احتراز عن الصبي والمجنون ، وتقرير صحة أن المكره قصد إيقاع الطلاق في منكوحته في حال أهليته لأنه عرف الشرين

(قال المصنف : ولنا أنه قصد إيقاع الطلاق) أقول : أى قصد التكلم بما هو موضوع لإيقاع الطلاق كذا قيل ، وفيه بحث (قوله والمراد بالجواز النفاذ دون الحل الذي يقابل الحرمة الخ) أقول : وأهضا لو أريد ذلك لكان الطلاق ليسى حلالا وليس كذلك (قوله والمخير عنه إذا كان كذبا) أقول : أى خير واقع (قوله لا يصير صدقا) أقول : لئلا يفتى .

والاختيار ، إلا أنه غير راض بحكمه وذلك غير محلّ به كالمأزل (وطلاق السكران واقع) واختيار الكرخي والطحاوي أنه لا يقع ، وهو أحد قول الشافعي لأن صحة التقصد بالعقل وهو زائل العقل فصار كزواله بالنبع والدواء .

ولا يجوز تقدير الحكم الذي يعم أحكام الدنيا وأحكام الآخرة بل إما حكم الدنيا وإما حكم الآخرة . والإجماع على أن حكم الآخرة وهو الموانعة مراد فلا يراد الآخر معه وإلا عدم . وروى عنده بإسناده عن صفوان بن عمرو الطائي أن امرأة كانت تبغض زوجها فوجدته نائماً ، فأخذت شفرة وجلست على صدره ثم حركته وقالت لتطعنني ثلاثاً وإلا ذبحتك ، ففأشدها الله فأبى ، فطلقها ثلاثاً ، ثم جاء إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأله عن ذلك فقال صلى الله عليه وسلم لا قبول في الطلاق ، وروى أيضاً عن عمر رضي الله عنه أنه قال : أربع مبهات مقلات ليس فيهن ردّ النكاح ، والطلاق ، والعناق ، والصدقة . وأما الوجه القائل إن الإكراه لا يزيل الخطاب فيما أكره فيه حتى يباح مرة ويفرض ويعزم أخرى فليس الكلام في حل الإقدام وحرمة بل في ترتب حكم ماحل أو وجب الإقدام عليه إذا كان لفظاً ، ولا يلزم من حل التلطف دفعا للضرر عن نفسه ترتب حكمه إذا كان بما يضره فالربح ما تقدم وجميع ما ثبت مع الإكراه أحكامه عشرة تصرفات : النكاح ، والطلاق ، والرجعة ، والإيلاء ، والىء ، والظهار ، والعناق ، والمفوع عن القصاص ، واليمين ، والنذر ، وجمعها ليسهل حفظها في قول :

يصح مع الإكراه عتق ورجعة . نكاح وإيلاء . طلاق مفارق

وفاء ظهار ويمين ونذر . وعفو قتل شاب عنه مفارق .

وهذا في الإكراه على غير الإسلام ، وإلا فبالإكراه على الإسلام تم أحد عشر لأن الإسلام يصح معه (قوله وطلاق السكران واقع) وكذا عتاقه وخلفه ، وهو من لا يعرف الرجل من المرأة ولا السماء من الأرض ، ولو كان معه من العقل ما يقوم به التكليف فهو كالصاحي . وما في بعض نسخ المختصر من قوله يقع الطلاق إذا قال نويت به الطلاق : يعنى المكره والسكران فليس مذهبا لأصحابنا لأنه إذا قال نويت به أو ذكر كتابة من الكتابات

المبلاك والطلاق واختار أهونهما ، واختيار أهون الشرين آية التقصد والاختيار وهو ظاهر ، وكل من قصد إيقاعه كذلك لا يعمى فعله عن حكمه كما في الطائم إذ العلة فيه دفع الحاجة وهو موجود في المكره لحاجة أن يتخلص عما توعد به من القتل أو الجرح . وقوله إلا أنه غير راض بحكمه جواب عما يقال لو كان المكره مختاراً لما كان له اختيار فسخ العقود التي باشرها مكرهاً من البيع والشراء والإجارة وغيرها وليس كذلك : ووجهه أنه غير راض بحكمه فكان له فسخ العقود ، وأما ههنا فعلم الرضا بالحكم غير محلّ به كالمأزل وهو الذي يقصد السبب دون الحكم . فإن قيل : بين المكره والمأزل فرق وهو يبطل القياس وذلك لأن المكره له اختيار فاسد وللمأزل اختيار كامل والقاسد في حكم عدم فلا يلزم من الوقوع في المأزل الوقوع في المكره . أجب بأن للمأزل اختياراً كاملاً في السبب ، أما في حق الحكم وهو المقصود من السبب فلا اختيار له أصلاً فكان اختيار المأزل أيضاً غير كامل بالنظر إلى الحكم فكانا متساويين فكان اعتبار أحدهما بالآخر جائزاً (وطلاق السكران واقع واختيار الكرخي والطحاوي علمه) والوجه من الجاهلين على ما ذكر في الكتاب واضح ، خلا أن في كلامه تسامحاً لأنه جعل العقل زائلاً بالسكر ، وليس كذلك عندنا لأنه مخاطب ولا خطاب بلا عقل بل هو مغلوب ، ولما كان المغلوب

(قوله إذ العلة فيه) أقول : فيه في الطلاق (قوله فكانا متساويين) أقول : أي من تلك الجهة .

ولنا أنه زال (بسبب هو معصية فجعل باقيا حكما زجرا له ، حتى لو شرب فصعد وزال عقله بالصداع نقول إنه لا يقع طلاعه

مثل أنت حرة فيجب أن يصدق فيقع بالإجماع . وفي شرح بكر : السكر الذي يصعب به التصرفات أن يصير بحال بحيث يحسن ما يستحقه الناس أو يستقبح ما يستحسنه الناس لكنه يعرف الرجل من المرأة . وفي المسئلة خلاف عال بين التابعين ومن بعدهم . فقال بوقوعه من التابعين سعيد بن المسيب وعطاء والحسن البصري وإبراهيم النخعي وابن سيرين ونجاشد وبه قال مالك والثوري والأوزاعي والشافعي في الأصح وأحمد في رواية ، وقال بعدم وقوعه القاسم بن محمد وطاوس وربيعة بن عبد الرحمن والليث وإسحاق بن راهويه وأبو ثور وزفر ، وقد ذكرناه عن عثمان رضي الله عنه ، وروى عن ابن عباس رضي الله عنهما وهو مختار الكرخي والطحاوي ومحمد بن سلمة من مشايخنا . ووجهه أن أقل ما يصح التصرف معه وإن كان حكما مما يتعلق بمجرد لفظه القصد الصحيح أو مظنته وليس له ذلك ، وهو أسوأ حالا من التام لأنه إذا أوقف يستيقظ ، بخلاف السكران ، وصار كزواله بالبتنج والدواء وهو الأفقون ، ويكون زوال عقله بسبب هو معصية لا أثر له ولا صحته رده ولا تصح . قلنا لما خاطبه الشرع في حال سكره بالأمر والتبى بحكم فرعى عرفنا أنه اعتبره كقائم العقل تشديدا عليه في الأحكام الفرعية ، وعقلنا أن ذلك يناسب كونه تسبب في زوال عقله بسبب محذور وهو غشاق فيه فأدرنا عليه واعتبرنا أقواله ، وعلى هذا اتفق فتاوى مشايخ المذاهب من الشافعية والحنفية بوقوع طلاق من غاب عقله بأكل الحشيش وهو المسوس بورق القنب لفتوابع بحرمته بعد أن اختلفوا فيها ، فأقوى المزي بجرمها ، وأقوى أسد بن عمرو بجعلها لأن المتضمنين لم يشكلوا فيها بشيء لعدم ظهور شأنها فيهم ، فلما ظهر من أمرها من الفساد كثيرا وفشا عاد مشايخ

كالمعلوم وأطلق الزوال مجازة للخم لم يضره ذلك . واعترض بوجهين : أحدهما أن شرب المسكر كمسفر المعصية لما بال السفر صار سببا للتخفيف دون شرب المسكر . والثاني أنه لما جعل العقل باقيا في الطلاق حكما زجرا له كانت الردة والإقرار بالخلود الخالصة أولى لأن الزجر والعقوبة هناك آتم . وأنجب عن الأول بأن الشرب بنفسه معصية ليس فيه إمكان انفصال ولا جهة لإحاجة تصلح لإضافة التخفيف إليها فجعل باقيا زجرا ، بخلاف سفر المعصية فإن نفس السفر ليس بمعصية وأمكن انفصالها عنه ابتداء وانتهاء فكانت جهة لإحاجة تصلح لإضافة التخفيف والترخيص إليها . وعن الثاني بأن الركن في الردة الاعتقاد ، والسكران غير معتقد لما يقول فلا يحكم بردته لانعدام ركنها لا للتخفيف عليه بعد تقرر السبب . وأما الإقرار بالخلود فإن السكران لا يكاد يثبت على شيء فيجعل راجعا عما أقر به فيؤثر فيها بحتم الرجوع . وفي قوله بسبب هو معصية إشارة إلى شيئين : أحدهما الفرق بين الشرب وسفر المعصية كما ذكرنا . والثاني أن هذا الحكم مرتب على سكريكون محظورا . وأما غيره فهو أن يكون من مباح كالبتنج ولين الرماك والخمر إذا أكره على شربها بالقتل فهو كالإجماع في حق منع وقوع الطلاق والعناق وأكد ذلك بقوله (حتى لو شرب فصعد وزال عقله بالصداع نقول إنه لا يقع طلاعه) لأنه لم يكن زواله بمعصية . واعترض

(قوله وليس فيه إمكان انفصال) أقول : يعني نظرا إلى نفسه وإن كان الانفصال نظرا إلى الإكراه وحالة الاضطراب لا يضر ذلك ، بخلاف السفر فإنه نظرا إلى نفسه ليس بمعصية بل كونه معصية إنما هو بالنظر إلى الغير (قوله وأما الإقرار بالخلود فإن السكران لا يكاد يثبت على شيء فيجعل راجعا عما أقر به الخ) أقول : إذا جمل مع زوال عقله غير زائل العقل زجرا فلم يجعل مع عدم رجوعه راجعا فإن ذلك ليس بمناسب للزجر .

المؤمنين إلى تحريمها وأثروا بوقوع الطلاق عن زوال عقله بها ، وهذا الوجه من الجانبين يفيد أن الخلاف في صحة تصرفات السكران بالمعنى الأول وهو من لا عقل له يميز به الرجل من المرأة إلى آخره ، وبه يبطل قول من ادعى أن الخلاف إنما هو فيه بمعنى عكس الاستحسان والاستيقاظ مع تمييزه الرجل من المرأة ، والصحيح ما صرح به في بعض عبارات من أن معه من العقل ما يقوم به التكليف ، إذ لا شك أن على هذا التقدير لا يتجه لأحد أن يقول لا يصح تصرفاته ، أما ذلك الخطاب فقوله تعالى - يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى - لأنه إن كان خطابا له حال سكره فنص ، وإن كان قبل سكره يستلزم أن يكون مخاطبا في حال سكره ، إذ لا يقال إذا جنت فلا تفعل كذا ، وبدلالات النصوص والإجماع ، فإنه لما ألحق بالمساجي فيها لا يثبت مع الشبهة وهو الحلود والقصاص حتى حد وقتل إذا قُلت وقتل فلائح يلحق به فيما يثبت مع الشبهة كالطلاق والتناكح أولى ، وإنما لم يعتبر إقراره بما يوجب الحد لأن حاله وهو كونه لا يثبت على شيء يوجب رجاء عما أقر به عقبيه ، وعدم صحة رده لأن صريح النص ما اعتبر عقله باقيا إلا فيما هو من فروع الدين ، فلو أثبتناه في أصل الدين كان بالقياس ، ولا يلزم من التشديد عليه فيما لا يوجب إكفاره التشديد فيما يوجب . ولأن الإكفار والحالة هذه إنما يكون احتياطا ، ولا يحتاج في الإكفار بل يحتاج في علمه ، ولأن ركنها الاعتقاد وهو متصف . لا يقال : يلزم عدم إكفار المأزلات لأنه أيضا لا يعتقد ما قاله من الكفر هزلا والواقع إكفاره . لأننا نقول : إكفاره بالاستخفاف بالدين والاستخفاف بالدين كفر وهو متصف في السكران لأن زوال العقل لا يوصف بأنه مستخف بشيء ، وفي جبل الفقه لأن إيقاع عقله للزجر والحاجة إلى الزجر فيها يغلب وجوده والردة لا يغلب وجودها ولأن جهة زوال العقل تقتضي بقاء الإسلام وجهة بقاءه زواله فترجح جهة البقاء لأن الإسلام يعلم ولا يعلم ، وعدم الوقوع بالبنج والأفيون لعدم المعصية فإنه يكون للتناكح غالبا فلا يكون زوال العقل بسبب هو معصية حتى لو لم يكن للتناكح بل للهو وإدخال الآلة قصدا ينبغي أن نقول يقع . فإن عبد العزيز الترمذي قال : سألت أبا حنيفة وسفيان عن رجل شرب البنج فارتفع إلى رأسه فطلق امرأته قالوا : إن كان حين شرب يعلم أنه ما هو تطلق امرأته ، وإن لم يعلم لم تطلق ومعلوم أن الضرورة مبينة ، فكان عمل هذا ما قلنا ، وعن ذلك قلنا : إذا شرب الخمر قصده فزال عقله بالصداع فطلق لا يقع ، والحكم لا يضاف إلى علة العلة كالشرب إلا عند عدم صلاحية العلة : أعني الصداع للقطع بأن أثرها لا يصل إلى المعلول الأخير ، ولو تزنا فالشرب ليس موضوعا للصداع بل يثبت الصداع اتفاقا عند استبعاد الطبيعة له في ذلك الوقت فصار الشرب الذي وجد عنه الصداع الذي عنه زوال العقل كسفر المعصية لما لم يكن موضوعا للمعصية لم يوجب التشديد بل يمنع الترخص فلم يصف زوال العقل إليه لثبت التشديد بخلاف الشرب الذي لم يحدث عنه صداع مزيل للعقل بل زال به حيث يتعلق به التشديد لإضافة زوال العقل إليه وهو المعصية ، وعلى هذا لو شربها مكرها أو لإسائة لقمة ثم سكر لا يقع عند الأئمة الثلاثة ، وبه قال بعض مشايخنا وفخر الإسلام وكثير منهم على أنه يقع لأن عقله زال عند كمال التلذذ وعند ذلك لم يبق مكرها ، والأول أحسن لأن موجب الوقوع عند زوال العقل ليس إلا التسبب في زواله بسبب محذور وهو متصف . والحاصل أن السكر بسبب مباح كمن أكره على شرب الخمر والأشربة الأربعة المحرمة أو اضطر لا يقع طلاقه وعتاقه ، ومن سكر منها عتقنا

بأن الصداع أثر الشرب فكان علة العلة ، والحكم يضاف إليها كما يضاف إلى العلة ، فما باله لم يكن كذلك ؟ وأجيب بأن الإضافة إلى العلة العلة إنما تكون إذا لم تكن العلة صالحة للإضافة ، وههنا صالحة لذلك لأن زوال

(وطلاق الآخرس واقع بالإشارة) لأنها صارت معهودة فأقيمت مقام العبارة دفعا للحاجة ، وستأتيك وجوهه في آخر الكتاب إن شاء الله تعالى (وطلاق الأمة ثنتان حرا كان زوجها أو عبدا ، وطلاق الحرة ثلاث حرا كان زوجها أو عبدا) وقال الشافعي : عند الطلاق معتبر بحال الرجل لقوله عليه الصلاة والسلام « الطلاق بالرجال والعدة بالنساء » ،

اعتبرت عباراته . وأما من شرب من الأشربة المتخلة من الحبوب والعسل فسكر وطلق لا يقع عند أبي حنيفة وأبي يوسف خلافا لمحمد ، ويقتى بقول محمد لأن السكر من كل شراب محرم (قوله وطلاق الآخرس واقع بالإشارة لأنها صارت مفهومة فكانت كالعبارة) في الدلالة استحسانا فيصح بها نكاحه وطلاقه وعتاقه وبيعته وشراؤه سواء قدر على الكتابة أو لا ، وهذا استحسان بالضرورة فإنه لو لم يعتبر منه ذلك أدى إلى موته بجوعا وعطشا وعريا ، ثم رأينا أن الشرع اعتبره منه في العبادات ، ألا ترى أنه إذا حرك لسانه بالقراءة والتكبير كان صحيحا معتبرا فكذا في المعاملات . وقال بعض الشافعية : إن كان يحسن الكتابة لا يقع طلاقه بالإشارة لاندفاع الضرورة بما هو أدل على المراد من الإشارة وهو قول حسين ، وبه قال بعض مشايخنا . ولا يخفى أن المراد من الإشارة التي يقع بها طلاقه الإشارة القهرونة بنصوت منه لأن المادة منه ذلك فكانت الإشارة بيانا لما أبهله الآخرس ويتصل بما ذكرنا كتابة الطلاق والآخرس فيها كالصحيح ، فإذا طلق الآخرس امرأته بالكتابة وهو يكتب جاز عليه من ذلك ما يجوز على الصحيح لأنه عاجز عن الكلام قادر على الكتابة ، فهو والصحيح في الكتاب سواء ، ونستفصله إن شاء الله تعالى موصولا بكتابات الطلاق (قوله وطلاق الأمة ثنتان حرا كان زوجها أو عبدا ، وطلاق الحرة ثلاث حرا كان زوجها أو عبدا . وقال الشافعي : عند الطلاق معتبر بالرجال والعدة بالنساء) فإن كان الزوج عبدا وهي حرة حرمت عليه بتطليقتين ، وإن كان حرا وهي أمة لا تحرم عليه إلا بثلاث . ونقل أن الشافعي لما قال عيسى بن أبان له : أيها الفقيه إذا ملك الحر على امرأته الأمة ثلاثا كيف يطلقها للسنة؟ قال : يوقع عليها واحدة ، فإذا حاضت وطهرت أوقع أخرى ، فلما أراد أن يقول فإذا حاضت وطهرت قال له حسبك . قد انقضت عديتها فلما تحجر رجع فقال ليس في الجمع بدعة ولا في التفريق سنة ، ويقول الشافعي قال مالك وأحمد وهو قول عمر وعثمان وزيد بن ثابت رضي الله عنهم . ويقولنا قال الثوري هو مذهب علي وابن مسعود رضي الله عنهما . له ما روى عنه صلى الله عليه وسلم « الطلاق بالرجال والعدة بالنساء » قابل بينهما ، واعتبار العدة بالنساء من حيث العدة فكذا ما قيل به تحقيقا للمقابلة فإنه حينئذ أنسب من أن يراد به الإيقاع بالرجال ، ولأنه معلوم من قوله تعالى - فطلقوهن لعدتهن - وفي موطأ مالك أن نفعيا مكاتب كان لام سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم

أقل مما يؤثر في عدم الوقوع كما إذا جن . وقوله (وطلاق الآخرس واقع) ظاهر . وقوله (وطلاق الأمة ثنتان) أنت الطلاق باعتبار التطليقة وكلامه ظاهر . ووجه الاستدلال له بقوله عليه الصلاة والسلام « الطلاق بالرجال والعدة بالنساء » أنه عليه الصلاة والسلام قابل الطلاق بالعدة على وجه يخص كل واحد منهما بمجنس على حدة ، ثم اعتبار العدة بالنساء من حيث القدر فيجب أن يكون اعتبار الطلاق بالرجال من حيث القدر تحقيقا للمقابلة ولأن صفة المالكية كرامة ، وكل ما هو كرامة فالأدعية مستحبة لها لكونه مكرما بتكريم الله ، قال الله تعالى - ولقد كرّمنا بني آدم - الآية ، ومعنى الأدعية في الحر أكل لمصلاحيته لما لا يصلح له العبد من الولاية والشهادة ولخلوصه

(قوله فإن قلت : الدليل أحسن من المسمى لأن المسمى أن الطلاق بالزوج حرا كان أو عبدا ، والدليل يدل على أن الزوج إذا كان حرا كان مالكا له) أقول : فيه أن حال العبد علم عن قوله ومعنى الأدعية في الحر أكل فكان مالكية أبلغ وأكثر ، فإن الأصل يقتضي التبريك

ولأن صفة المالكية كرامة والآدية مستدعية لها ، ومعنى الآدية في الحر أكمل فكانت مالكيته أبلغ وأكثر . ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « طلاق الأمة ثنتان وعدتها حيضتان »

أو عبداً لها كان تحت امرأة حرة فطلقها ثنتين ثم أراد أن يرابعها فأمر فأزواج النبي صلى الله عليه وسلم أن يأتى عثمان فيسأله عن ذلك فلقبه عند البرج أخذاً بيد زبد بن ثابت فسألما فأبانهما جميعاً فقالا حرمت عليك خربت عليك (ولنا قوله صلى الله عليه وسلم « طلاق الأمة ثنتان وعدتها حيضتان ») رواه أبو داود والترمذي وابن ماجه والدارقطني عن عائشة ترفعه وهو الراجح الثابت ، بخلاف ما رواه وما مهد من معنى المقابلة لأنه فرع صحة الحديث أو حسنة ولا وجد له حديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم بطريق يعرف . وقال الحافظ أبو الفرج بن الجوزي : موقوف على ابن عباس ، وقيل من كلام زيد بن ثابت ، وحديث الموطأ موقوف عليه وعلى عثمان ، وهو لا يري تقليد الصحابي ، والإلزام إنما يكون بعد الاستدلال لأن حقيقته نقض لمنهج الخصم بما لا يعضده المزمع صحيحاً ، ولا يكون نقض منهج خصمه فقط يوجب صحة منهج نفسه إلا بطريق عدم القائل بالفصل ، وهذا لا يكون إلا إذا كان ناقض به مما يعتضده صحيحاً وهو منتف عنه في منهج الصحابي ، فهو في مذهبه وفي معتضده غير منقوض فلم يثبت للمذهبه دليل يقاوم ما رويناه . فإن قلت : قد ضعف أيضاً ما رويتم بأنه من رواية مظاهر ولم يعرف له سوى هذا الحديث . قلنا أولاً تضعيف بعضهم ليس كعدمه بالكلية كما هو فيا رويتم ، وثانياً بأن ذلك التضعيف ضعيف ، فإن ابن على أخرجه له حديثاً آخر عن المقبري عن أبي هريرة عنه صلى الله عليه وسلم وأنه كان يقرأ عشر آيات في كل ليلة من آخر آل عمران « وكلنا رواه الطبراني ، ثم منهم من ضعفه عن أبي عاصم التميمي فقط ، ومنهم من نقل عن ابن معين وأبي حاتم والبخاري تضعيفه لكن قد وثقه ابن حبان وأخرج الحاكم حديثه هذا عنه عن القاسم عن ابن عباس قال : ومظاهر شيخ من أهل البصرة ولم يذكره أحد من متقدي مشايخنا يرحم ، فإذاً إن لم يكن الحديث صحيحاً كان حسناً ، وما يصحح الحديث أيضاً عمل العلماء على وثقه . وقال الترمذي عقيب روايته : حديث غريب ، والعمل عليه عند أهل العلم من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وغيرهم . وفي الدارقطني : قال القاسم وسلم : عمل به المسلمون ، وقال مالك : شهرة الحديث بالمدينة تفني عن صحة سننه

عن معنى المالية التي يجعل المملوك في قرن البهايم ملزوماً (فكانت مالكيته أبلغ) فإن قلت : الدليل أخص من المدهى ، لأن المدهى أن الطلاق بالزوج حراً كان أو عبداً ، والدليل يدل على أن الزوج إذا كان خراً كان مالكا . قلت : إذا ثبت ذلك للحريث لعلد ثبت للعبد لعدم القائل بالفصل ، ومذهبه قول عمر وزيد بن ثابت (ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « طلاق الأمة ثنتان وعدتها حيضتان ») بوجه الاستدلال أنه عليه الصلاة والسلام ذكر الأمة بلام التعريف ولم يكن ثم معهود فكان للجنس . وهو يقتضي أن يكون طلاق هذا الجنس ثنتين ، فلو كان اعتبار الطلاق بالرجال لكان لبعض الإمامة ثنتان فلم يبق اللام للجنس . فإن قيل : يجوز أن يكون المراد بها الأمة تحت عبد محلاً بالحديثين . أجيب بأنه يفرض إلى أن يكون الماه في « وعدتها » عائلة إليها فيكون تخصيصها بكون عدتها حيضتين ، إذ لا مرجع للضمير سواها ، وليس كذلك فإن عدة الأمة حيضتان سواء كانت تحت حر أو عبد بالاتفاق . وفيه نظر لجواز أن يكون من باب الاستخدام يكون المراد بالأمة الأمة تحت عبد ، والضمير عائدة

في أصل التعليل (قوله لكان لبعض الإمامة) أقول : متى لا يكون لكل الإمام (قوله أجيب بأنه يفرض) إلى قوله : فيكون تخصيصها بالفتح أقول : مفهوم المقالة غير متبرع عنها مطلقاً وعدتها الثانية أيضاً إذا كان في مقابلة المملوك ، وهذا كذلك وهو قوله صلى الله عليه وسلم

ولأن حل المحلية نعمة في حقها ، والرق أثر في تنصيف النعم إلا أن العدة لا تنجز فتكاملت عقدتان ، وتأويل ما روى أن الإيقاع بالرجال (وإذا تزوج العبد امرأة) بإذن مولاه وطلاقها (وقع طلاقه ولا يقع طلاق مولاه على امرأته) لأن ملك النكاح حتى العبد فيكون الإسقاط إليه دون المولى .

انتهى ، والله أعلم (قوله ولأن حل المحلية نعمة) تزيد بزيادته ، ولذا اتسع حله صلى الله عليه وسلم عند زيادة فضله (والرق أثر في تنصيف النعمة) في الشرع كما عرف (إلا أن العدة لا تنجز فتكاملت عقدتان) يعني يلزم لتنصيف النعمة أن يتزوجها مرة ونصفا عقيب طلاقها إياها ، لكن العدة لا تنجز فكلت كالطقة والحليضة في حقها ، ثم لو تم أمر ما رواه كان المراد به أن قيام الطلاق بالرجال ، لأنه لو كان احتمالا للفظ نسوا لياتي بما رويناه فكيف وهو المتبادر إلى الفهم من ذلك اللفظ كما هو في قولهم الملك بالرجال (قوله وإذا تزوج العبد امرأة وقع عليها طلاقه ولا يقع طلاق مولاه على امرأته لأن ملك النكاح يثبت للعبد) لأن ملكه من خصائص الآدمية وهو فيها منبني على أصل الحرية إلا أنه يحتاج في ابتداء تملكه إياه إلى إذن المولى لأنه لم يشرع بلامال في حق الابتداء والبقاء في حق النفقة وتعلق الدين بالعبد يقع متعلقا بربقه بحيث تؤخذ هي فيه وفي ذلك ضرر بالمولى فيتوقف على رضاه به والتزامه إياه ، فإذا ألزمه حتى ثبت له الملك كان إليه دفعه لا إلى غيره . وفي سنن ابن ماجه من طريق ابن طيمية عن ابن عباس رضي الله عنهما « جاء إلى النبي صلى الله عليه وسلم رجل فقال : يا رسول الله سيدى زوجتى أمته وهو يريد أن يفرق بيني وبينها ، فصعد النبي صلى الله عليه وسلم المنبر فقال : يا أيها الناس ما بال أحدكم يزوج عبده من أمته ثم يريد أن يفرق بينهما ، إنما الطلاق لمن أخذ بالساق ورواه الدارقطني أيضا من غيرها ، والله أعلم . [فرع] الوكيل بالطلاق إذا لم يكن بمال لا ينزل بطلاق الموكل سواء طلقها الموكل باثنا أو رجعا فللوكيل أن يطلقها بعد ذلك ما ذامت في العدة ، وإذا اقضت عدتها ينزل ، حتى لو تزوجها الموكل بعد العدة لا يقع طلاق الوكيل عليها ، بخلاف ما لو تزوجها قبل انقضاء العدة فيما إذا كان الطلاق باثنا فإنه لو طلقها الوكيل وقع عليها ، والله أعلم بالصواب .

إلى مطلق الأمة . والجواب أن ذلك خطابة لا يحملي في مقام الاستدلال (ولأن حل المحلية) أى حل أن تكون المرأة على النكاح نعمة في حق المرأة تتوصل بذلك إلى درور النفقة والكسوة والسكنى والازدواج وتحصين الفرج وغيرها ، وما هو نعمة في حقها يتنصف بالرق ، فإن للرق أثرا في تنصيف النعم في الرجال ، فإن العبد لا يملك من الزوج ما فوق الاثنين فكلنا في حق النساء فإنه لا تتزوج مع الحرية ولا بعدها ، وكان ذلك يقتضى أن لا يملك الزوج عليها إلا عدة ونصفا : أى طلاق ونصف طلاق تنقيصا لحل المحلية (إلا أن العدة لا تنجز فتكاملت عقدتان) وملعبنا قول علي وابن مسعود . وقوله (وتأويل ما روى) يعني قوله « الطلاق بالرجال » أن الإيقاع بالرجال . فإن قيل : هذا معلوم فلا يحتاج إلى ذكره خاصة . أجب بل كان إلى ذكره حاجة لأن المرأة في المحالة إذا كرهت الزوج غيرت الليث وكان ذلك طلاقا منها فرفع ذلك بقوله « الطلاق بالرجال » (وإذا تزوج العبد امرأة وطلقها وقع الطلاق ولا يقع طلاق مولاه على امرأته لأن ملك النكاح حتى العبد) لكونه من خواص الآدمية والعبد منبني فيها على أصل الحرية فكان يجب أن يملك النكاح دون إذن مولاه ، لكن لو قلنا به تضرر المولى فيه فتركناه لأجله .

« العدة بالنساء » (قوله والجواب أن ذلك خطابة) أقول : أى ما ذكره الخصم في وجه الاستدلال من أنه يجب أن يكون اعتبار الطلاق بالرجال من حيث القدر تحقيقا للمقابلة .

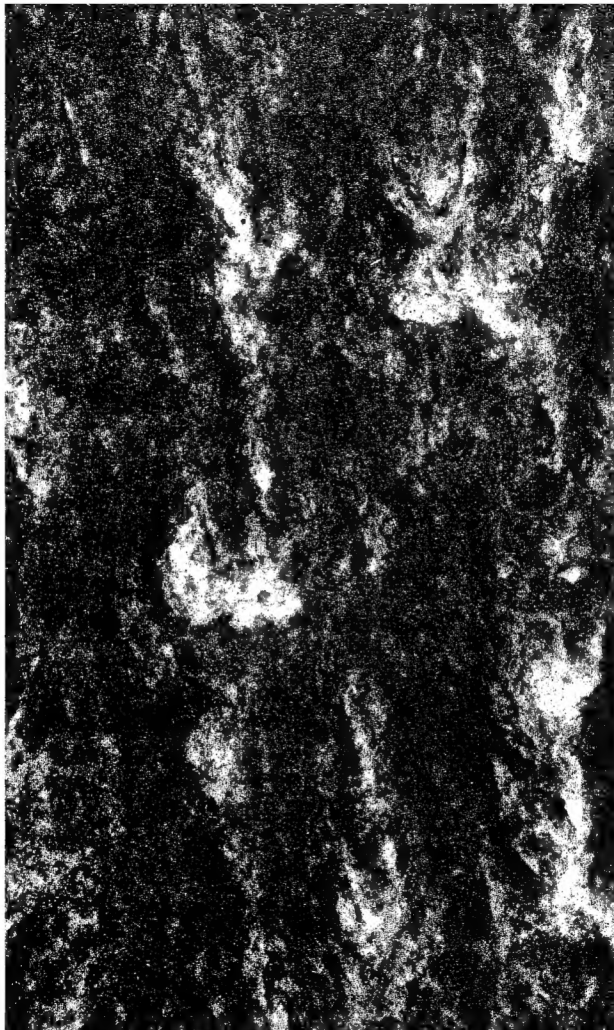
انتهى الجزء الثالث من كتاب شرح فتح القدير : وبه الجزء الرابع ، وأوله : باب إيقاع الطلاق

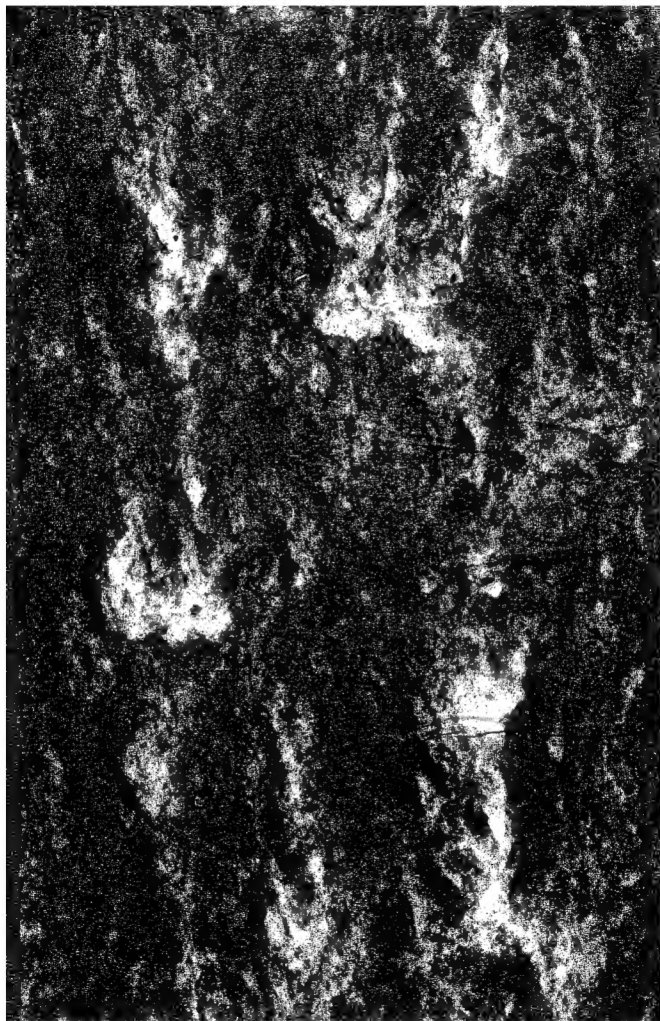
فهرس

الجزء الثالث

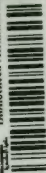
من شرح فتح القدير ، للإمام ابن الهمام الحنفي

صفحة	صفحة
٢٢٤ فروع : النظر من وراء الزجاج إلى الفرج	٣ باب التمتع
محرم النخ	٢٤ باب الجنائيات
٢٥٥ باب الأولياء والأقضاء	٤٢ فصل : فإن نظر إلى فرج امرأته بشهوة النخ
٢٩١ فصل : في الكفاءة	٤٩ فصل : ومن طاف طواف القدوم محدثا فعليه صدقة
٣٠٥ فصل : في الوكالة بالنكاح وغيرها	٦٦ فصل : في جزاء الصيد
٣١٦ باب المهر	١٠٨ باب مجاوزة الوقت بغير إحرام
٣٨١ تمت فيها مسائل المسألة الأولى تزوج ثنتين في عقدة وواحدة في عقدة ولثلاث في عقدة النخ	١١٤ باب إضافة الإحرام إلى الإحرام
٣٨٣ المسألة الثانية تزوج امرأة وابنتها في ثلاثة عقود النخ	١٢٤ باب الإحصار
المسألة الثالثة قال لأجنبية كلما تزوجتك فأنت طالق النخ	١٣٥ باب القورات
٣٨٤ فصل : وإذا تزوج نصراني نصرانية على مية النخ	١٣٧ عدد عمراته عليه الصلاة والسلام
٣٩٠ باب نكاح الرقيق	١٤٢ باب الحج عن الغير
٤١٢ باب نكاح أهل الشرك	١٦٠ باب الهدى
٤٣٢ : باب القسم	١٦٨ مسائل مثورة
٤٣٨ كتاب الرضاع	١٧٦ خاتمة تشتمل على ثلاثة مقاصد : المقصد الأول في إيجاب الهدى وما يتبعه
٤٦٣ كتاب الطلاق	١٧٨ المقصد الثاني في المجاورة
٤٦٥ باب طلاق السنة	١٧٩ المقصد الثالث في زيارة قبر النبي صلى الله عليه وسلم
٤٨٧ فصل : ويقع طلاق كل زوج النخ	١٨٣ فصل : وإذا حزم على الرجوع إلى أهله يستحب له أن يودع المسجد النخ
	١٨٤ كتاب النكاح
	٢٠٨ فصل : في بيان المحرمات





Bibliotheca Alexandrina



0597215